



...RTATEUR ET RELIEUR
...RIE DE DROIT ET DE JURISPRU...
3 RUE ST. JACQUES
DU PALAIS DE JUST MONTREAL



COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe et Cie.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME QUATRIÈME.

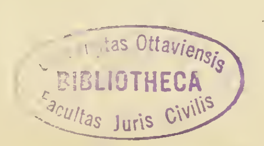
(**Art. 1832 à 2281.**)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cᵉ, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1881



TITRE X.

(TITRE IX DU CODE CIVIL.)

DE LA SOCIÉTÉ.

Sommaire.

1. Des sociétés civiles et des sociétés de commerce.

1. L'Exposé des motifs dit que les sociétés de commerce n'entrent pas dans le plan du code civil; elles sont aussi étrangères à notre travail. Cela ne veut pas dire que les principes du code civil n'aient rien de commun avec les sociétés de commerce. Le droit civil est le droit commun, et le code de commerce rappelle que les sociétés dont il traite sont régies, avant tout, par le droit civil (art. 18). Le code civil dit la même chose (art. 1873).

CHAPITRE PREMIER.

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE OU POUR LA VALIDITÉ DES SOCIÉTÉS.

§ I. *Principes généraux.*

Sommaire.

2. Définition. Conditions requises pour l'existence ou la validité de la société.
3. La société est un contrat consensuel.
4. Les parties contractantes doivent être capables de disposer.
5. De l'objet de la société et du bénéfice commun. *Quid* de la participation aux pertes?

2. « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (art. 1832). Il y a des conditions requises pour l'existence de la société : le consentement, un objet licite, une cause. Sous le rapport de la forme, la société reste soumise au droit commun. La capacité est seulement requise pour la validité du contrat. Nous avons exposé les principes au titre des *Obligations* (1). Ici nous nous bornons aux difficultés qui se rencontrent en matière de société (n° 134).

3. La société est un contrat consensuel. Il est parfait dès que les parties sont convenues d'apporter quelque chose en commun, quoiqu'elles n'aient pas encore fourni leur apport (n° 136). L'article 1843 consacre une conséquence de ce principe : « La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque. »

4. Les parties contractantes doivent être capables de disposer, parce que les associés s'obligent à mettre quelque chose en commun, donc elles en disposent (n° 141).

5. Il n'y a pas de contrat sans objet. L'article 1832 dit que les associés s'obligent à mettre quelque chose en commun, et l'article 1833 ajoute que chaque associé doit apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. S'il n'y a pas de mise, il n'y a pas de société (n° 142). Le crédit politique n'est pas une mise : il n'est pas permis de trafiquer de la puissance publique, ni de l'influence qu'elle donne. Le crédit commercial même ne peut servir de mise : il faut un apport en biens ou en industrie (n° 143).

La mise ne suffit point pour qu'il y ait société; il faut que la convention de mettre une chose en commun se fasse « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (n° 145). C'est le caractère qui distingue la société de la simple communauté : nous y reviendrons. Il résulte de ce principe des consé-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. nos 470-477.

quences très-importantes. Les associations religieuses qui se forment en vertu de la liberté d'association ont essayé de se constituer en sociétés civiles, en apparence pour jouir du droit commun, en réalité pour reconstituer les corporations religieuses avec tous les effets de la personnification civile. Ces prétendues sociétés ont été déclarées nulles par les tribunaux comme ne présentant pas les caractères de la société; notamment, l'élément d'un bénéfice commun y manque entièrement. En effet, ce qui caractérise le monachisme, c'est l'abdication la plus absolue de tout intérêt individuel. Les moines meurent au monde; il y a donc une impossibilité radicale à transformer des religieux en spéculateurs (n°s 193 et suiv.).

La notion de bénéfice implique l'idée d'un profit pécuniaire qui enrichit les associés : c'est pour augmenter sa fortune que l'on s'associe. Voilà pourquoi les sociétés d'agrément ne sont pas des sociétés (n°s 186 et suiv.); l'avantage qu'elles procurent est moral, il n'est pas pécuniaire.

L'article 1832 ne dit pas que les associés doivent participer aux pertes; mais cette obligation est une conséquence de la convention. En effet, la part des associés dans les pertes comme dans les bénéfices est en proportion de leur mise (art. 1853), et cette participation aux pertes est de l'essence de la société (art. 1855). La loi annule la convention qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés, et la nullité de la clause concernant les pertes entraîne la nullité de la société. Il faut donc compléter l'article 1832 par l'article 1855, et dire que la participation des associés aux pertes est de l'essence de la société (n° 155).

6. « Toute société doit avoir un objet licite » (art. 1833), c'est-à-dire une cause licite, comme la loi s'exprime au titre des *Obligations* (art. 1108). L'objet et la cause se confondent dans les contrats synallagmatiques. Nous renvoyons au titre qui est le siége de la matière (1) (n° 156).

7. La société est un contrat non solennel; elle se prouve donc d'après le droit commun. C'est ce que dit l'article 1834 qui re-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 386, n° 338.

produit textuellement l'article 1341 en l'appliquant à la société. Les dispositions que le code contient sur la preuve des obligations sont générales de leur nature; elles reçoivent leur application à tous les contrats, à moins que la loi n'y déroge. En ce sens, l'article 1834 était inutile. Mais cette disposition a encore un autre objet que celui de reproduire une règle de droit commun. Il y avait, dans l'ancien droit, des sociétés tacites, connues sous le nom de *sociétés taisibles* ou *compagnies :* c'étaient des sociétés universelles qui se formaient entre parents ou amis par le seul fait de l'habitation et de la vie communes pendant an et jour, avec communication de gains ou de pertes. On pouvait les prouver par témoins. Déjà, lors de la rédaction du code, ces sociétés étaient tombées en désuétude dans un grand nombre de provinces. Les orateurs du Tribunat disent que le code abroge ces sociétés, qui depuis longtemps ne convenaient plus à nos mœurs. Cela est trop absolu; il est toujours libre à des familles liées par l'amitié ou l'affection de former une société universelle de gains; mais elles ne peuvent plus prouver leur association par témoins. L'innovation ne porte donc que sur la preuve. Il est inutile d'insister, puisque ces conventions ne sont plus usitées. De là suit que le code maintient en tout le droit commun en ce qui concerne la preuve des sociétés (n°s 170-171).

L'article 1834 admet la preuve testimoniale lorsque l'objet de la société ne dépasse pas cent cinquante francs. On entend par *objet de la société* le montant réuni des apports, et non le montant pécuniaire de la demande faite en justice. Cela résulte du texte, qui parle, non de la *chose demandée*, mais de l'*objet* de la société, donc des apports. Le texte est en harmonie avec les principes qui régissent la preuve; pour savoir si la preuve testimoniale est admissible, on a égard au montant pécuniaire de la convention, puisque c'est au moment où elles contractent que les parties doivent savoir si elles ont intérêt ou non à rédiger un acte (1); si les apports ne dépassent pas cent cinquante francs, elles seront admises à prouver la société par témoins, quand même la demande, à raison des bénéfices réalisés par les associés, s'élèverait à des milliers de francs (n° 174).

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 147, n° 216.

8. La société forme-t-elle une personne civile? Cette question, très-controversée d'après le droit français, a été tranchée implicitement par la loi belge du 18 mai 1873. L'article 2 est ainsi conçu : « La loi reconnaît cinq espèces de sociétés commerciales; chacune d'elles constitue une *individualité juridique* distincte de celle des associés. » Il y a en outre, dit l'article 3, des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation, auxquelles la loi ne reconnaît aucune *individualité juridique* ». Ainsi, la loi a accordé la personnification aux sociétés de commerce, à l'exception des associations momentanées et des associations en participation. Celles-ci restent sous l'empire du droit commun; le droit commun est donc que la société n'est pas une personne civile (n° 181). Il résulte de là des conséquences importantes :

1° Quand la société jouit de la personnification, c'est elle qui acquiert et qui possède. Il n'en est pas de même des sociétés civiles; elles n'ont pas d'existence légale, elles ne peuvent donc pas être propriétaires; ce sont les associés qui acquièrent et qui possèdent par indivis les biens dont se compose le fonds social. Lors donc que le code parle de biens qui appartiennent à la société (art 1859), ou de choses dont la propriété est apportée à la société (art. 1867), il entend par société les associés. Ceux-ci sont copropriétaires par indivis des biens sociaux; ils peuvent aussi avoir des biens qui sont leur propriété exclusive; c'est pour distinguer les biens qu'ils possèdent comme copropriétaires de ceux qui leur appartiennent en propre, que la loi parle des biens de la société.

2° Le droit des associés dans les sociétés de commerce est mobilier, quand même la société ne posséderait que des immeubles; c'est la société qui est propriétaire, ce ne sont pas les associés. Quand la société est civile, les associés sont copropriétaires par indivis des biens qui forment le fonds social; il suit de là que la nature de leur droit est déterminée par l'objet sur lequel il porte; si le fonds social comprend des meubles et des immeubles, le droit de l'associé sera mobilier ou immobilier, d'après l'événement du partage.

3° Le droit de propriété détermine le droit des créanciers. Quand la société est commerciale, les biens qu'elle possède sont

le gage de ses créanciers, c'est-à-dire de ceux qui ont traité avec la personne civile. Quant aux créanciers des associés, ils ont pour gage les biens de leurs débiteurs ; donc, ils ne peuvent pas saisir les biens de la société, puisque, pendant la durée de la société, ces biens ne sont pas dans le domaine des associés.

4° Du droit de propriété résulte une autre conséquence concernant la compensation. Les créances qui appartiennent à une société de commerce ne peuvent se compenser avec les dettes des associés ; car celui qui est débiteur de la société et créancier d'un associé n'est pas créancier de la société, donc il n'est pas dans les termes de l'article 1289. La compensation se fera, au contraire, entre les créances d'une société civile et les créances des associés, car la société, ce sont les associés ; les créanciers de la société et ses débiteurs sont, en réalité, créanciers et débiteurs des associés.

5° Enfin, les sociétés de commerce, formant une personne, peuvent agir en justice ; elles sont assignées dans la personne de leur gérant (code de pr., art. 69, n° 6). Tandis que les sociétés civiles n'ont pas le droit d'agir ; tous les associés doivent figurer en personne dans l'instance (n° 182).

9. « Les sociétés sont universelles ou particulières » (art. 1835). Elles sont universelles quand elles comprennent tous les biens des associés, ou tous les gains qu'elles peuvent faire ; elles sont particulières quand elles n'ont pour objet que des choses déterminées (art. 1841 et 1842). Les sociétés universelles diffèrent donc des sociétés particulières quant à leur objet ; il résulte de là d'autres différences que nous signalerons. Sauf ces exceptions, les deux espèces de sociétés sont régies par les mêmes principes (n° 230). Les sociétés universelles sont très-rares, si toutefois il y en a (n° 231).

CHAPITRE II.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

Sommaire.

10. « On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents, et la société universelle de gains » (art. 1836).

« La société universelle de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens, meubles et immeubles, qu'elles possèdent actuellement et les profits qu'elles pourront en tirer. Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux » (art. 1837). Il suit de là que la société de biens présents et futurs est prohibée : c'est un pacte successoire que la loi permet entre époux, par faveur pour le mariage; il n'y avait aucune raison de déroger au droit commun en matière de société (nº 232). La stipulation étant prohibée pour des motifs d'ordre public, il s'ensuit qu'elle est frappée de nullité, pour mieux dire d'inexistence, comme tout pacte successoire (1), et la nullité de la clause entraînerait la nullité de la société, en vertu du principe établi par l'article 1172 (nº 234).

« La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant la durée de la société. Les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris, mais

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 383, nº 334.

leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement » (art. 1838). On voit que la composition de la société ne répond pas au nom qu'elle porte; elle comprend non-seulement les *gains*, mais encore les *meubles* présents; c'est donc aussi une société universelle de biens présents limitée aux meubles (n° 238).

« La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains » (art. 1839). Cette interprétation restrictive est en harmonie avec l'esprit traditionnel du droit français. La loi considère les immeubles comme la partie la plus précieuse de la fortune, et elle cherche à les conserver dans les familles; or, la société de gains ne comprend que les meubles présents, tandis que la société de tous biens présents comprend aussi les immeubles; le code, en cas de doute, devait donc se prononcer pour la société de gains, d'où les immeubles sont exclus (n° 240).

11. « Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre » (art. 1840). La loi présume que la société universelle est une donation lorsqu'elle intervient entre des personnes qui sont incapables de se faire des libéralités. Telles sont les incapacités établies par les articles 907-909. Il eût été trop facile d'éluder ces prohibitions si la loi avait permis aux parties intéressées de contracter une société universelle (n° 241).

L'article 1840 ajoute qu'aucune société universelle ne peut avoir lieu entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. Quelles sont les personnes au préjudice desquelles les libéralités ne peuvent se faire? Ce sont les héritiers réservataires. Donc ceux qui ont des héritiers à réserve ne peuvent pas contracter de société universelle (n° 242).

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

---

§ I. *De l'apport.*

Sommaire.

12. De l'apport de la propriété. Comment la propriété se transfère-t-elle à la société?
13. Chaque associé est débiteur de ce qu'il a promis d'y mettre. En quel sens?
14. De l'apport de la jouissance.
15. De l'apport d'une somme d'argent.
16. De l'apport de l'industrie.

12. L'apport peut avoir pour objet la propriété ou la jouissance de la chose que l'associé a promise. Voici en quel sens la société est translative de propriété : les associés deviennent copropriétaires par indivis de la chose qui constitue l'apport; celui qui le fait ne se dépouille donc pas entièrement de la propriété; il abdique la propriété exclusive, mais en retenant un droit de copropriété. Ainsi, la société transmet à tous les associés la copropriété de la chose; or, la copropriété est une propriété; donc, elle se transmet et s'acquiert, comme la propriété en général, par la perfection du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, s'il s'agit d'un meuble corporel; s'il s'agit d'une créance, par la signification ou l'acceptation; et pour les immeubles, par la transcription (n°s 244 et 245).

13. « Chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y apporter » (art. 1845). Quelles sont les conséquences de cette obligation? On applique le droit commun. Quand l'associé promet d'apporter la propriété, il est tenu de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison avec les soins d'un bon père de famille (art. 1136 et 1137). La loi applique ce principe à la garantie : « Lorsque l'apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur » (art. 1845). Quelle en est la raison? La société est un contrat commutatif; chacun des associés s'engage à donner ou à faire

une chose qui est l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour lui (art. 1104). L'équivalent consiste dans le bénéfice qui est en proportion de la mise; or, en cas d'éviction, l'associé se trouve sans mise, ou sa mise est diminuée; partant il doit indemniser la société de la perte qu'elle éprouve par l'éviction. L'article 1845 suppose qu'il s'agit d'un corps certain; si l'associé apportait une universalité de biens, l'éviction de quelqu'un des héritages ne donnerait pas lieu à garantie. Il en est de même en matière de vente (art. 1696) : nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui en traite (1) (n° 241).

14. La société peut avoir pour objet l'usage de certaines choses ou les fruits à en percevoir (art. 1641). Dans ce cas, la propriété reste à l'associé; la société acquiert seulement l'usage ou la jouissance. On demande à quel titre elle jouira de la chose. Ce peut être à titre d'usufruit, ou à titre de bail : cela dépend de l'intention des parties contractantes (n° 248).

15. « L'associé qui devait apporter une somme d'argent dans la société et qui ne l'a point fait devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée » (art. 1846). C'est une dérogation à la règle de l'article 1153, d'après laquelle les intérêts ne sont dus que du jour de la demande. L'associé doit les intérêts de plein droit. Cette exception est fondée sur la nature du contrat de société. Si, en général, les intérêts ne courent qu'à partir de la demande qui en est faite en justice, c'est qu'une mise en demeure est nécessaire pour constater le dommage que le créancier éprouve de l'inexécution de l'obligation. Dans le cas de société, le dommage est constaté par la nature même du contrat. Les parties contractantes spéculent sur l'emploi des mises; donc, la société est en perte par cela seul qu'elle ne perçoit pas les intérêts de la somme que l'un des associés a promis d'apporter; et dès que le dommage est constant, il y a lieu à dommages-intérêts.

L'article 1846 contient une seconde dérogation au droit commun. D'après l'article 1153, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme ne consistent jamais que dans les intérêts légaux. L'ar-

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 168, n° 800.

ticle 1846, après avoir dit que l'associé doit les intérêts de plein droit, ajoute : « Le tout, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. » Cette exception résulte aussi de l'objet de la société. On ne s'associe point pour retirer l'intérêt légal de sa mise, on veut faire un bénéfice qui excède le profit ordinaire que l'on retire de ses capitaux; le dommage que la société éprouve sera donc régulièrement supérieur à l'intérêt légal, partant la loi a dû donner aux associés une action en dommages-intérêts (n° 249).

16. « Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société » (art. 1847). Il y a une différence entre l'apport de l'industrie et l'apport d'une chose mobilière ou immobilière. L'associé qui promet son industrie contracte une obligation de faire; tandis que celui qui s'oblige à apporter un immeuble ou un meuble contracte une obligation de donner. De plus, l'obligation de faire, dans l'apport de l'industrie, est une obligation successive qui se continue pendant toute la durée de la société, et qui cesse quand la société finit; l'associé reprend alors l'exercice de son industrie telle qu'il l'avait apportée (n° 252).

§ II. *De la responsabilité des associés.*

Sommaire.

17. De quelle faute les associés répondent-ils?
18. Obligation de l'associé qui prend une somme dans la caisse sociale à son profit.
19. L'associé doit-il subordonner son intérêt à celui de la société?

17. « Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute » (art. 1850). Quelle est cette faute? On applique le principe général de l'article 1137, parce que le code n'y déroge point, au titre de la *Société;* l'associé doit donc apporter aux affaires sociales les soins d'un bon père de famille : c'est ce que, dans le langage traditionnel, on appelle la faute légère *in abstracto*. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*, sur la théorie des fautes (1) (n° 253).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 399, n°s 554-556.

L'article 1850 ajoute que l'associé ne peut compenser avec les dommages qu'il a causés par sa faute les profits que, par son industrie, il aurait procurés à la société dans d'autres affaires. L'associé doit son industrie à la société; en lui apportant les profits qu'il a réalisés, il ne fait que s'acquitter envers elle de ce qu'il devait; n'étant pas créancier mais débiteur, il ne peut pas compenser, car on ne compense pas une dette avec une dette (n° 255).

18. L'article 1846, deuxième alinéa, porte : « L'associé devient de plein droit et sans demande débiteur des intérêts des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier. » C'est une dérogation à la règle de l'article 1153, fondée sur les mêmes motifs que la disposition principale de l'article 1846. Il est inutile que l'on constate par une demande judiciaire le préjudice que la société souffre : le fait seul que la société est privée de la jouissance d'un capital qui lui appartient, la constitue en perte, parce que ses capitaux sont destinés à produire des bénéfices et en produisent régulièrement. De plus, il y a, de la part de l'associé qui emploie à son profit un capital destiné à l'avantage commun, violation d'une obligation; car il détourne à son profit la jouissance de fonds qu'il aurait dû laisser à la société (n° 256).

L'article 1846 ajoute : « sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu ». Les dommages-intérêts ne sont dus que s'il y a lieu; en effet, le créancier qui les réclame doit prouver qu'il a souffert un dommage. C'est le droit commun (n° 258).

19. L'associé doit-il subordonner son intérêt particulier à l'intérêt social? On le dit, mais cela n'est pas tout à fait exact. L'article 1848 suppose que l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible. Le débiteur paye un à-compte sans que les parties fassent une imputation; l'article 1848 veut que, dans ce cas, l'imputation se fasse sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances. Pothier explique comme suit cette disposition que le code lui a empruntée. Chaque associé doit aux affaires de la société le même soin qu'à ses propres affaires; lors donc que les créances de la société et de l'associé sont également

exigibles, le payement doit profiter à l'une et à l'autre pour une part égale, c'est-à-dire proportionnelle au montant des deux créances. Si l'associé a fait l'imputation, il faut distinguer. La quittance impute le payement partiel ou entier sur la créance de la société; cette stipulation sera exécutée, dit l'article 1848; l'associé sacrifie, dans ce cas, son intérêt à celui de la société; la loi ne lui commande pas cet acte de délicatesse, mais elle l'approuve. Par contre, elle désapprouve l'associé qui dirige l'imputation intégrale sur sa créance particulière, elle ne veut pas que l'associé sacrifie les intérêts de la société aux siens; en conséquence, elle décide que l'imputation sera proportionnelle, sans tenir compte de la quittance (n° 259).

L'article 1849 porte : « Lorsqu'un des associés a reçu la part entière de la créance commune, et que le débiteur est devenu depuis insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part. » On suppose que les associés sont mandataires les uns des autres pour les affaires de la société. Dans ce cas, l'associé a le pouvoir de toucher la créance sociale; la loi veut qu'il rapporte à la masse commune ce qu'il a touché si le débiteur devient insolvable. Il a dû agir pour le compte de la société dont il était le mandataire. Si l'associé n'était pas mandataire, l'article 1849 ne serait plus applicable; en effet, dans ce cas, il a le droit et l'obligation de recevoir sa part dans la créance sociale; il agit dans son intérêt comme il en a le droit (n° 263).

§ III. *Des obligations de la société envers les associés.*

Sommaire

20. L'associé a-t-il droit à la restitution de son apport? Si la chose qui le constitue périt, qui supporte la perte? Et quelle est l'influence de la perte sur l'existence de la société? Il faut distinguer quel est l'objet de l'apport (n° 266).

Quand l'associé s'oblige à mettre la propriété d'une chose dans la société, il n'a pas droit à la restitution de son apport. La chose entre dans l'actif social; chacun des associés y a un droit de copropriété pendant la durée de la société, et, à la dissolution, le fonds commun se partage. Dans ce cas, la société n'a aucune obligation envers l'associé; l'associé est débiteur, il ne saurait donc être créancier (n° 267).

Si la chose vient à périr, qui supportera la perte? L'article 1867, qui prévoit la difficulté, est assez mal rédigé. Il faut distinguer : si la propriété était déjà transférée à la société lors de la perte, ou si l'associé était encore propriétaire de la chose. Le deuxième alinéa de l'article 1867 prévoit la première hypothèse; il porte que la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. C'est dire que la chose périt pour la société qui en est propriétaire; l'associé a rempli son obligation en réalisant son apport, il peut donc exercer les droits qui lui appartiennent en vertu du contrat de société. Le premier alinéa de l'article 1867 prévoit l'autre hypothèse, celle où la propriété n'a pas encore été transmise; il décide que la perte de la chose opère la dissolution de la société; la raison en est que l'associé est, dans ce cas, sans mise, puisqu'il se trouve dans l'impossibilité de mettre la chose dans la société; il était resté propriétaire, la chose périt pour lui, et la société se dissout, puisqu'il ne peut y avoir de société lorsqu'un des associés n'a pas de mise. Reste à savoir dans quel cas la propriété est transmise à la société, dans quel cas elle ne l'est pas. Sur ce point, on applique le droit commun, puisque le code n'y déroge pas au titre de la *Société;* et il n'y déroge point, parce qu'il n'y avait aucun motif d'y déroger. Quand la chose est déterminée, la propriété se transfère par le seul effet du contrat, alors même qu'elle n'aurait pas encore été livrée; quand la chose est indéterminée, la propriété se transfère du moment où elle est déterminée, ce qui se fait d'ordinaire lors de la délivrance. Cette explication de l'article 1867 se fonde sur la tradition, sur les travaux préparatoires et sur les principes; nous renvoyons pour les témoignages à notre cours de *Principes de droit civil* (n°s 267-269).

21. Si l'apport a pour objet la jouissance de la chose, l'associé conserve la propriété, et la société use et jouit de la chose. Le

droit de la société cesse à sa dissolution ; à ce moment, l'associé peut réclamer la restitution de son apport. La société est débitrice d'un corps certain; on lui applique, par conséquent, les principes qui régissent les dettes de choses déterminées; elle est libérée par le cas fortuit, sauf à prouver le cas fortuit qu'elle allègue; c'est en ce sens que l'article 1851 dit que les choses sont aux risques de l'associé propriétaire (n° 271). La société est dissoute, dans ce cas, par la perte de la chose (art. 1867); la raison en est qu'il est de l'essence de la société que chacun des associés ait une mise; or, lorsque la chose dont un associé a promis la jouissance à la société vient à périr, cet associé n'a plus de mise, donc la société doit être dissoute (n° 271).

Ces principes reçoivent exception dans les cas prévus par l'article 1851 :

1° Quand les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société se consomment par l'usage, elles sont aux risques de la société. Il y a, dans ce cas, transport de propriété, puisque la société ne peut jouir des choses qu'en les consommant, et le propriétaire seul a le droit de consommer la chose; la société devient donc propriétaire, et par suite elle doit supporter les risques. L'associé n'ayant fait qu'un apport de jouissance a droit à la restitution du capital, qui se fait comme en matière d'usufruit (1) (n° 273).

2° Si les choses se détériorent en les gardant, elles sont également aux risques de la société. La loi suppose que l'intention des parties est de transférer la propriété de ces choses à la société, quoique l'associé n'ait promis que la jouissance; la raison en est que ces choses se détruisent insensiblement, puisque, après un certain temps, elles perdent toute valeur, c'est donc comme si elles étaient détruites; or, on ne peut admettre que l'associé, qui a seulement promis la jouissance de ces choses, ait voulu les reprendre, à la dissolution de la société, dans l'état de destruction où elles se trouvent. Puisque la société est devenue propriétaire, les choses sont à ses risques, elle est débitrice de la valeur; quand même les choses existeraient encore, l'associé ne les reprend pas en nature (n° 274).

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 517, n° 568.

3° Les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont aux risques de la société si elles sont destinées à être vendues. Pour que la société puisse vendre, elle doit être propriétaire; par suite, les choses sont à ses risques (n° 275).

4° Enfin, les choses sont encore aux risques de la société, quoiqu'elle en ait seulement la jouissance, lorsqu'elles ont été mises dans la société sur une estimation. L'estimation vaut vente quand telle est l'intention des parties, et elles ont cette intention quand elles ont intérêt à ce que celui qui reçoit les choses avec obligation de restitution en devienne propriétaire. L'article 1851 interprète en ce sens l'estimation que font les associés des choses dont ils mettent la jouissance dans la société (n° 276).

22. Les associés peuvent avoir diverses créances contre la société : 1° à raison des sommes qu'ils ont déboursées pour elle (art. 1852). Ils ont aussi droit à l'intérêt de ces sommes s'ils avaient le pouvoir d'administrer en vertu d'un mandat exprès ou tacite (art. 2001). L'associé qui a agi sans mandat, comme gérant d'affaires, a également droit aux intérêts, dans l'opinion commune qui applique l'article 2001 à la gestion d'affaires (n° 277).

2° L'associé a action contre la société à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société (art. 1852). On suppose que l'associé a traité en son nom; il est donc personnellement obligé envers le tiers; mais comme il a agi pour le compte de la société, il peut, s'il est poursuivi, mettre ses coassociés en cause; et s'il a payé, il peut répéter. La loi y met une condition, c'est que l'obligation ait été contractée de bonne foi. Cette condition est générale dans tous les rapports des associés entre eux, car ces rapports sont essentiellement fondés sur la bonne foi (n° 278).

3° Enfin, l'associé a action contre la société à raison des risques inséparables de sa gestion (art. 1852). La loi est restrictive; l'associé n'a pas action pour tous les risques qu'il court. Il faut que ces risques soient inséparables de sa gestion, et qu'il ne les ait courus que pour les affaires sociales; la société ayant tous les profits de la gestion, il est juste qu'elle supporte tous les risques (n° 279).

Comment l'associé exerce-t-il les actions qu'il a contre la société? L'associé n'agit pas contre la société, puisqu'elle n'est pas

un être moral, il agit contre les associés, et il agit contre chacun d'eux pour sa part. C'est le droit commun; toute dette se divise lorsqu'il y a plusieurs débiteurs.

§ IV. *Du règlement des parts.*

Sommaire.

23. La loi ne détermine la part des associés dans les bénéfices et dans les pertes que dans le silence du contrat (art. 1853). Elle laisse, en principe, pleine liberté aux parties contractantes. C'est le droit commun; il était inutile de le proclamer (n° 281). La loi consacre implicitement le droit des associés en prohibant certaines clauses :

1° « La convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle » (art. 1855). Ce serait la convention de la force avec la faiblesse, telle que la société du lion de la fable avec d'autres animaux; de là le nom de société *léonine* que l'on donne à une pareille association; or, la violence ne peut produire aucun droit (n° 285). Mais la loi ne défend pas de répartir les bénéfices d'une manière inégale; cette inégalité peut avoir sa raison d'être dans les services que l'associé avantagé rend à la société (n° 287).

2° Est encore nulle « la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés » (art. 1855). Le partage des pertes, comme celui des bénéfices, est considéré comme étant de l'essence de la société. Dans l'ancien droit, on admettait la validité de cette clause. Pour la justifier, on disait que l'apport de l'un des associés pouvait être plus considérable : ce serait une raison pour augmenter sa part dans les bénéfices, mais ce n'est pas un motif pour le décharger de toute contribution dans les pertes (n° 290).

La clause n'est prohibée que lorsque la mise consiste en sommes ou effets; de là on conclut que si elle consiste en industrie, la clause est licite. C'est l'interprétation donnée par l'orateur du

Tribunat; il la justifie par cette considération, que l'exemption de toutes pertes est une partie du prix que l'on a mis à ses travaux. La décision est fondée sur le texte, mais elle est peu logique (n° 294).

L'article 1855 porte que la *convention* et la *stipulation* prohibées par la loi sont nulles; cela implique que la société même est nulle. Le rapporteur du Tribunat dit que ce n'est pas une société, parce que c'est la convention de la force avec la faiblesse; il faut donc dire que la société est inexistante (n° 295).

24. Le code prévoit un cas particulier de règlement conventionnel des parts; il suppose que les parties s'en sont rapportées sur ce point à l'un d'eux ou à un tiers. Cette disposition, empruntée à Pothier, lequel l'a puisée dans une loi romaine, est de pure théorie, elle n'est pas dans nos mœurs. Nous nous bornons à transcrire le texte (n° 296).

« Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

« Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution » (art. 1854).

25. « Lorsque l'acte de société ne détermine pas la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société » (art. 1853). C'est le système de l'égalité proportionnelle, c'est-à-dire de la vraie égalité (n° 297).

« A l'égard de celui qui n'apporte que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté » (art. 1853). Cette disposition est étrange, et le Tribunat, qui l'a proposée, la justifie par des motifs si futiles, qu'il est inutile de les rapporter. C'est certes l'intelligence qui fait réussir les entreprises; il fallait donc estimer l'apport intellectuel ce qu'il vaut généralement, en l'assimilant à la mise la plus élevée, sauf aux autres associés à l'évaluer plus bas, si l'industrie n'a point cette importance (n° 298).

§ V. *De l'administration de la société.*

Sommaire.

26. Principe.

26. La loi ne règle l'administration de la société que lorsque les associés ont gardé le silence (art. 1859). Les associés ne peuvent pas tous gérer à la fois, ce serait l'anarchie; ils doivent donc constituer une administration. Quels sont les pouvoirs du gérant? Le législateur n'a pas qualité pour réglementer des intérêts qui varient d'une convention à l'autre. C'est aux associés d'organiser une administration qui réponde au but de la société et aux droits qu'il s'agit de sauvegarder. Le code distingue deux cas : celui où l'administration est confiée à un mandataire, et celui où les associés administrent eux-mêmes (n° 301).

N° 1. DE L'ADMINISTRATION CONFIÉE A UN MANDATAIRE.

Sommaire.

27. Qui nomme et révoque le mandataire?
28. Quels sont les pouvoirs du gérant?
29. *Quid* s'il y a eu plusieurs administrateurs?
30. Le pouvoir des gérants exclut-il celui des associés?

27. Qui nomme et révoque le gérant? Ce sont les associés qui le nomment d'ordinaire par une clause de l'acte de société. Quant à la révocation, le code distingue.

Si l'administrateur est nommé par l'acte social, son pouvoir est, en principe, irrévocable : c'est une clause de la convention, qui ne peut être modifiée que par le consentement unanime des parties contractantes, parmi lesquelles se trouve le gérant. La loi admet cependant que le gérant peut être révoqué pour cause légitime, c'est-à-dire pour incapacité ou infidélité. Il y a, dans ce cas, destitution plutôt que révocation. En effet, qui décidera s'il existe une cause légitime de mettre fin au pouvoir de l'administrateur? Ce ne sont pas les associés, puisqu'ils sont parties en cause, c'est le tribunal (n°s 303 et 305).

Si le gérant a été nommé par un acte postérieur au contrat de société, c'est un simple mandat, et révocable comme tel (art. 1856). Reste à savoir qui est le mandant? Dans le silence de l'acte de société sur l'administration, celle-ci appartient aux associés; si ensuite ils se décident à nommer un administrateur, ils changent le pacte social, ce qui ne peut se faire que par tous les associés; il faudra donc que la révocation se fasse par tous les associés (n°s 302 et 306). Il en serait autrement si les associés avaient décidé que la nomination se ferait à la majorité absolue; dans ce cas, la révocation aussi se fera par la majorité (n° 306).

28. Quels sont les pouvoirs du gérant? Il est mandataire; donc ses pouvoirs sont, en général, ceux d'un mandataire général, ou de l'administrateur chargé de gérer les biens d'autrui. On applique le principe au droit d'agir en justice. C'est une règle traditionnelle, consacrée par le code civil, que les administrateurs ont le droit d'intenter les actions mobilières et possessoires (1); ils n'ont pas le droit de former des actions immobilières. Ce principe reçoit son application au gérant (n° 311).

L'administrateur n'a que le droit de faire des actes d'administration; nous renvoyons à ce qui a été dit des envoyés en possession provisoire, en cas d'absence (2), des tuteurs (3) et du mari administrateur (4), et à ce que nous dirons au titre du *Mandat*. Celui qui administre ne peut pas disposer; le gérant ne peut donc ni aliéner, ni hypothéquer (n° 308). Toutefois, il y a, sur ce point, une différence entre le mandat ordinaire et celui du gérant d'une société. Si la société est contractée pour faire le commerce, le gérant a par cela même le droit d'acheter et de vendre, puisque c'est en cela que consiste le commerce; en nommant un gérant, les associés lui donnent donc nécessairement le pouvoir de vendre les choses destinées à être vendues, quelles que soient ces choses, les immeubles aussi bien que les meubles. Mais ce n'est que dans les limites du but de la société que le gérant a le pouvoir de disposer. De là suit qu'il ne pourrait pas hypothéquer, quoiqu'il ait le droit d'aliéner (n°s 307 et 308).

(1) Voyez, ci-après, les notes 2, 3 et 4.
(2) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 208, n° 115.
(3) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 393, n°s 389-393.
(4) Voyez le t. III de ce cours, p. 286, n°s 482-487.

29. Le code prévoit le cas où il y aurait plusieurs gérants. Quels sont, dans ce cas, leurs pouvoirs? On distingue. Si leurs fonctions ont été déterminées, chacun d'eux doit s'y renfermer, et ne peut rien faire hors des limites de son mandat : c'est le droit commun (art. 1857 et 1989). Si les fonctions des gérants n'ont pas été déterminées, et s'il n'a pas été stipulé que l'un ne pourra agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration (art. 1857). Cela est logique, mais il faut le dire, c'est l'anarchie organisée; heureusement ce n'est que de la théorie; il ne se trouvera guère d'associés assez imprévoyants pour ne pas régler les pouvoirs des gérants, s'ils en nomment plusieurs. « S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration » (art. 1858). C'est une conséquence du lien obligatoire des conventions (art. 1134) (n° 312).

30. Les pouvoirs du gérant excluent-ils ceux des associés? En principe, les associés n'ont pas le droit d'intervenir dans l'administration; ils ont délégué leur pouvoir au gérant; si celui-ci gère mal, il ne reste qu'à demander sa révocation. La loi (art. 1856), par exception, permet aux associés de faire opposition quand il y a fraude. Les associés doivent, en ce cas, agir en justice, si le gérant résiste; dès qu'il y a contestation, le procès doit être porté devant les tribunaux (n° 313).

N° 2. DE L'ADMINISTRATION EXERCÉE PAR LES ASSOCIÉS.

Sommaire.

31. Principe. Mandat réciproque que les associés se donnent.
32. Étendue des pouvoirs des associés.

31. Si les associés n'ont pas nommé de gérant, et si l'acte social ne statue rien sur l'administration, on suit les règles établies par l'acte de société. « Les associés sont censés s'être donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (art. 1859). » Ainsi la société implique un mandat d'administrer pour chacun des associés. « Ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses

associés, sans qu'il ait pris leur consentement. » Les associés ont consenti d'avance, en se donnant le mandat réciproque d'administrer. C'est un mandat tacite, qui résulte de la force des choses. Si chaque associé n'avait pas le droit d'agir, tous les associés devraient concourir dans les actes faits au nom de la société, ce qui est impossible, puisque l'administration est une affaire de tous les jours, de tous les instants (n° 314).

32. Quel est le pouvoir des associés en vertu de ce mandat tacite? Il est en général le même que celui des gérants ; les uns et les autres sont administrateurs ; toutefois, il y a des différences. Quand les associés gèrent, la loi leur donne le droit de former opposition à l'opération que l'un d'eux veut faire tant qu'elle n'est point conclue (art. 1859). Tous les associés ont un pouvoir identique, dans l'espèce; le droit de celui qui s'oppose à l'acte est le même que le droit de celui qui veut le faire; la conséquence est que l'opération devient impossible. Après que l'affaire est conclue, il ne peut plus s'agir du droit d'opposition, parce que l'associé a fait ce qu'il avait le droit de faire (n° 317).

« Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user suivant leur droit » (art. 1859, 2°). Cette disposition ne reçoit guère d'application : les choses qui font partie de l'actif social sont destinées à un but commun, ce qui exclut le droit individuel de chaque associé (n° 324).

« Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société » (art. 1859, 3°). Il est de principe que tout administrateur a le droit de faire les actes conservatoires; les associés doivent avoir le même droit quand ils administrent (n° 324).

« L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent » (art. 1859, 4°). C'est ce qu'on appelle des dépenses utiles ou d'amélioration ; il est rare que la plus-value résultant des travaux équivaille à la dépense ; dès lors ces innovations ne doivent se

faire que par le propriétaire, et, en cas de société, par tous les associés (n° 325).

Après avoir énuméré les droits des associés, quand ils administrent dans le silence du contrat, l'article 1860 ajoute : « L'associé qui n'est point administrateur ne peut *aliéner* ni *engager* les choses même mobilières qui dépendent de la société ; » il ne peut donc faire aucun acte de disposition. C'est le droit commun ; la faculté de disposer n'appartient qu'au propriétaire, puisque c'est un des attributs de la propriété (n° 326).

N° 3. DU DROIT DE L'ASSOCIÉ DE S'ASSOCIER UN TIERS.

Sommaire.

33. L'associé n'a pas le droit d'associer un tiers à la société, mais il peut associer un tiers quant à la part qu'il a dans la société.

33. L'associé ne peut pas, sans le consentement de ses associés, associer un tiers à la société (art. 1861). La raison en est que le contrat de société est personnel de sa nature ; c'est la confiance qui en est l'âme ; voilà pourquoi la société finit par la mort de l'un des associés (art. 1865, 3°) ; et, pour la même raison, l'un des associés ne peut associer un tiers à la société. Il y a d'ailleurs un motif de droit qui s'y oppose ; associer un tiers, c'est modifier le contrat social, or cette modification ne peut se faire qu'avec le concours de tous ceux qui ont formé la convention primitive ; c'est, à vrai dire, une nouvelle société, puisqu'il y a un associé de plus (n° 329). L'article 1861 ajoute que l'associé administrateur lui-même n'a point le droit d'associer un tiers à la société. Cela est d'évidence ; le gérant a pour mission d'assurer l'exécution du contrat social, et non de le modifier (n° 330).

L'associé peut s'associer un tiers relativement à la part qu'il a dans la societé ; il n'a pas besoin du consentement de ses associés, parce que la convention qui intervient entre l'associé et le tiers reste étrangère à la société. Le tiers, associé à un associé, étant en dehors de la société, celle-ci n'a ni droit ni intérêt à intervenir dans la convention qui se fait entre l'associé et le tiers Celui-ci porte, dans le langage traditionnel, le nom de *croupier*, parce que, dit-on, il chevauche avec l'associé qui le prend en *croupe* (n° 337).

CHAPITRE IV.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS.

Sommaire.

34. Quand la société est-elle obligée à l'égard des tiers? La question est de savoir dans quels cas et sous quelles conditions les engagements contractés par un associé obligent la société, c'est-à-dire les associés. L'article 1864 répond à la question : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. » Il résulte de cette disposition que plusieurs conditions sont requises pour que la société soit liée par les engagements contractés par un associé.

1° L'obligation doit être contractée pour le compte de la société. L'associé réunit en lui deux qualités différentes, parce qu'il a des intérêts de nature diverse : il a des intérêts qui lui sont personnels, en ce sens qu'ils concernent son patrimoine propre, et il a des intérêts comme associé qui sont relatifs à la société. S'il agit en la première qualité, en son nom personnel et dans l'intérêt de son patrimoine, l'engagement qu'il contracte reste étranger à la société. Pour que la société soit obligée, il faut que l'associé ait traité comme tel, et pour le compte de la société (n° 343).

2° Il faut que l'associé qui agit pour le compte de la société ait eu le pouvoir d'agir en son nom. Le pouvoir est un mandat; le mandant s'oblige par l'intermédiaire du mandataire (art. 1998), pourvu que le mandataire ait agi dans les limites de son pouvoir. Il n'est pas nécessaire que le pouvoir soit spécial pour que l'associé oblige la société; nous avons dit quels sont les pouvoirs de

l'associé gérant, et, à défaut de conventions, de chacun des associés; ils peuvent faire tous actes d'administration; or, il est impossible d'administrer sans s'obliger; donc, par cela seul que les associés ont le pouvoir d'administrer, ils ont le pouvoir de s'obliger, c'est-à-dire d'obliger la société (n° 344).

35. Quand l'associé agit en son nom personnel, la société n'est pas obligée à l'égard des tiers. La société ne peut pas être obligée sans figurer au contrat, or elle n'y parle point quand elle n'y est pas représentée; de son côté, le tiers n'a pas entendu traiter avec la société, il n'y a donc aucun lien d'obligation entre la société et le tiers. Il en serait ainsi alors même que l'associé aurait eu le pouvoir d'agir; il ne suffit pas qu'il en ait le pouvoir, il faut encore qu'il ait réellement représenté la société en agissant pour son compte. De même, la société n'est pas obligée, quoique l'associé ait agi au nom de la société mais sans pouvoir; la société ne peut pas être obligée sans son consentement, et dans l'espèce elle n'a pas consenti (n° 344).

Ces principes reçoivent des exceptions dans les cas prévus par les articles 1998 et 1864. Si la société ratifie ce qui a été fait en son nom mais sans pouvoir, la ratification équivaut à un mandat, comme nous le dirons au titre consacré à ce contrat. De même si l'obligation contractée en son nom mais sans pouvoir a tourné au profit de la société, elle sera tenue jusqu'à concurrence du profit qu'elle en a retiré; c'est ce qu'on appelle l'action *de in rem verso* : nous en avons parlé en traitant de la gestion d'affaires (1) (n[os] 346 et 347).

36. Comment les associés sont-ils tenus à l'égard des tiers? L'article 1862 porte que les associés ne sont pas tenus solidairement; c'est le droit commun (art. 1202). Quand il y a plusieurs débiteurs, la dette se divise entre eux, à moins que la solidarité ne soit stipulée ou qu'elle ne soit établie par la loi (n° 348).

L'article 1863 ajoute que les associés sont tenus pour une part virile; donc s'ils sont deux, chacun est tenu pour moitié. Encore, dit la loi, que la part des associé dans la société ne fût pas la même; de sorte qu'ils seraient tenus pour moitié à l'égard des tiers, quand même entre eux ils contribueraient aux dettes. l'un

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 198, n° 336

pour un quart et l'autre pour les trois quarts. Il en serait ainsi, bien que le tiers eût connaissance du pacte social qui établit des parts différentes. Si les associés ne veulent traiter que dans les limites de leur part, il faut que le contrat en contienne la réserve spéciale; il faut donc, comme le dit le rapporteur du Tribunat, que le tiers soit averti par la convention même que les associés entendent être tenus d'après les clauses du pacte social. La règle est que les dettes se divisent par parts viriles; les parts inégales sont une exception au droit commun, à ce titre elles doivent être stipulées formellement (n°s 351-352).

Cela suppose que le tiers agit contre les associés en vertu d'une convention; s'il agit en vertu de l'action *de in rem verso*, l'obligation se divise à raison du profit que chacun des associés en retire, puisque tel est le fondement de l'action (n° 353).

CHAPITRE V.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

---

§ I. *Des cas dans lesquels la société finit de plein droit.*

Sommaire.

37. Quand la société finit-elle de plein droit?
38. La société finit 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. De la prorogation.
39. 2° Par la perte de la chose ou la consommation de la négociation.
40. 3° Par la mort d'un associé.
41. 4° Par l'interdiction d'un associé.
42. 5° Par la déconfiture d'un associé ou sa faillite.

37. La société finit de plein droit dans les cas prévus par les n°s 1-4 de l'article 1865, qui porte : « La société finit 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée; 2° par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation; 3° par la mort naturelle de quelqu'un des associés; 4° par la mort civile,

l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux. » Il faut retrancher la mort civile, qui est abolie en Belgique et en France. La loi dit que la société *finit*, ce qui signifie qu'elle est dissoute, sans qu'il y ait lieu de demander la dissolution et, par conséquent, sans que les associés puissent l'empêcher. Sans doute, les parties intéressées peuvent maintenir la société, quand la chose est possible; mais il faut pour cela une convention nouvelle, et, par conséquent, il y aura une nouvelle société; les associés ne peuvent pas maintenir l'ancienne société, parce qu'elle est dissoute en vertu de la loi, et la dissolution est un fait accompli qu'aucune puissance humaine ne peut défaire (n° 362).

38. 1° « La société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée » (art. 1865, 1°). D'ordinaire l'acte social détermine le terme pour lequel la société est contractée; la société finit de plein droit à l'expiration du terme; elle finit par la volonté des parties qui leur tient lieu de loi (art. 1134). Si le pacte social ne fixe pas la durée de la société, la société aura-t-elle une durée limitée ou illimitée? L'article 1844 distingue. S'agit-il d'une affaire dont la durée soit limitée, la société aura également une durée limitée, le temps que doit durer l'affaire. S'il s'agit d'une série d'opérations, on ne peut plus assigner de limite certaine à la société; il fallait cependant lui assigner une limite quelconque. Le code décide qu'elle sera censée contractée pour la vie des associés, et il assimile la société à vie à la société d'une durée illimitée. En conséquence, la loi permet à chaque associé d'y mettre fin par sa volonté; tandis que la dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée avant le terme convenu (art. 1871) (n° 365).

La société à temps limité peut être prorogée (art. 1866); la prorogation constitue-t-elle une société nouvelle? Il faut distinguer; quand les parties prorogent la société avant l'expiration du temps, elles modifient seulement le pacte social quant à sa durée, la société subsiste donc, sauf cette modification. Quand la société est prorogée après l'expiration du terme, elle est dissoute et il se forme, en réalité, une société nouvelle (n° 371). Dans les deux hypothèses, il faut le consentement de tous les associés. Ce consentement peut être exprès ou tacite : c'est le droit commun (n° 368). Comment la prorogation se prouve-t-elle? Encore d'après

le droit commun. L'article 1866 semble exiger un écrit, et un écrit de même nature que l'acte qui a constaté la société primitive : c'est une mauvaise rédaction ; la société étant un contrat non solennel, l'écrit n'est dressé que pour la preuve, et la preuve se fait d'après les règles établies au titre des *Obligations* (nº 369).

39. 2° « La société finit par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation. » On entend, par extinction de la chose, la perte totale; il ne peut pas y avoir de contrat sans objet. La loi met sur la même ligne la consommation de la négociation; en théorie, la différence est grande; dans un cas, le but ne peut plus être atteint, tandis que dans l'autre il est atteint (nº 374).

La société peut finir sans qu'il y ait perte totale de la chose qui en fait l'objet. Il est de l'essence de la société que chaque associé ait une mise; si l'un des associés se trouve sans mise, la société doit être dissoute. Quand l'un des associés se trouve-t-il sans mise? L'article 1867 répond à la question, mais en termes obscurs (nº 373); nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

40. 3° « La société finit par la mort de quelqu'un des associés. » On contracte, en général, pour soi et pour ses héritiers; mais l'article 1122, qui établit ce principe, y ajoute une restriction : « à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention ». La société est un des contrats qui, par leur nature, ne peuvent pas se transmettre aux héritiers des parties contractantes. Elle est fondée sur la confiance qu'inspirent la capacité et la moralité de la personne avec laquelle on s'associe; et ces qualités personnelles ne sont malheureusement pas héréditaires. S'associer avec des héritiers, ce serait s'associer avec des inconnus, ce qui est un non-sens.

La mort d'un associé dissout même la société à l'égard des associés survivants, par la même raison, c'est que la société a été contractée à raison des qualités de l'associé qui vient à mourir (nº 375).

« Sil a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies » (art. 1868).

(1) Voyez, ci-dessus, nºs 13 et 14.

La dissolution de la société par l'une des causes que la loi indique est d'intérêt privé; les associés peuvent donc y déroger. On objecte, en ce qui concerne les héritiers, que l'on ne peut s'associer avec des inconnus; Pothier répond que c'est l'affaire des associés; s'ils renoncent à ce qui est de leur intérêt, pourquoi cette renonciation serait-elle nulle, alors que l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas en cause? Les auteurs du code ont consacré cette doctrine (n° 380).

Si les associés stipulent que la société sera seulement continuée entre les associés survivants, quel sera le droit des héritiers du prédécédé? Ils pourront demander la liquidation de leur part dans la masse. La société continuant entre les survivants, naît la question de savoir si les héritiers du décédé profiteront des opérations sociales commencées du vivant de leur auteur. L'article 1868 décide la difficulté par une distinction. Il ne suffit pas que l'opération nouvelle se rattache à des transactions qui ont eu lieu du vivant de l'associé, il faut qu'elle soit une suite nécessaire de ce qui s'est fait; ce qui est une question de fait (n° 382).

41. 4° « La société finit par l'interdiction de l'un des associés » (art. 1865, 4°). L'aliénation mentale de l'associé le met dans l'impossibilité de rendre les services que l'on attendait de lui, et comme il est mis sous tutelle, ce serait réellement s'associer avec le tuteur de l'interdit; telle n'est certes pas l'intention des associés (n° 384).

42. 5° « La société finit par la déconfiture de l'un des associés » (art. 1865, 4°). L'insolvabilité est un dérangement dans les affaires, suite d'une mauvaise gestion ou de l'inconduite. Dans toute hypothèse, la confiance, base de la société, est détruite; donc la société doit se dissoudre. La loi ne parle pas de la faillite; mais le mot *déconfiture* comprend, en général, la faillite. Il y a un motif de plus de dissolution, dans ce cas; le failli est dessaisi de l'administration de ses biens, laquelle passe aux mains des créanciers ou des agents qui administrent pour eux; ce changement d'état fait que l'associé serait remplacé par un tiers, avec lequel les associés n'ont pas entendu contracter, et telle n'est pas l'intention des associés (n° 386).

§ II. *Des cas dans lesquels la société ne finit pas de plein droit.*

Sommaire.

43. La société finit 1° par la volonté de l'un des associés; 2° par une cause reconnue légitime par le juge.

43. 1° La société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société (art. 1865, 5°), lorsque la société a une durée illimitée (art. 1869). Quant aux sociétés à terme, elles ne se dissolvent régulièrement qu'à l'arrivée du terme (art. 1871). En principe, les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel (art. 1134). La loi déroge à cette règle fondamentale, en permettant à l'un des associés de rompre la société par sa seule volonté, lorsque la société a une durée illimitée; ces sociétés sont perpétuelles, en ce sens qu'elles ne finissent qu'à la mort des associés; elles auraient de graves inconvénients si elles se perpétuaient malgré la désunion des associés; au lieu d'être profitables, elles deviendraient nuisibles; l'intérêt public même en souffrirait. Ces motifs peuvent aussi se présenter dans les sociétés temporaires, mais ils ont moins de gravité, parce qu'elles ont un terme fixe. D'ailleurs, la perpétuité de la société, malgré la volonté d'un associé, serait une entrave à la liberté; la loi ne veut pas que les hommes s'enchaînent pour toute la vie. Dans les sociétés à terme, l'ordre public n'est pas en cause, puisque l'on peut s'engager à temps (art. 1780) (n° 394).

La volonté de l'associé n'est pas l'arbitraire et le caprice; sa renonciation est nulle quand elle est de mauvaise foi et faite à contre-temps (art. 1869). Elle serait de mauvaise foi si l'associé renonçait pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée (art. 1870) (n° 398).

L'article 1869 exige encore une condition de forme pour que la renonciation soit valable : elle doit être notifiée à tous les associés. Une *notification* implique un écrit, mais la loi n'exige pas une *signification* par huissier; une lettre suffirait, sauf la diffi-

culté de preuve. La renonciation non notifiée serait nulle (nº 399).

2º « La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres causes semblables dont la légitimité ou la gravité sont laissées à l'arbitrage du juge » (art. 1871). C'est le juge qui, dans ces cas, prononce la dissolution; il la prononce pour causes graves, et c'est encore lui qui décide si la cause a une gravité suffisante pour justifier la dissolution (nº 400).

La loi applique le principe d'abord au cas où l'un des associés manque à ses engagements. C'est la condition résolutoire tacite, sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Il faut donc appliquer ce que nous avons dit de cette condition au titre des *Obligations* (1).

La loi considère encore comme une cause légitime de dissolution l'infirmité habituelle qui rend un associé inhabile aux affaires de la société. Une maladiep assagère ne suffirait pas. Ce n'est que par exception que les contrats peuvent être rompus; la loi veut que la cause ait une certaine gravité, en exigeant que l'associé soit dans l'impossibilité de remplir ses devoirs sociaux (nº 405).

Quant aux causes non prévues par la loi, il faut qu'elles soient légitimes et graves; c'est le juge qui apprécie. On donne comme exemple la désunion qui éclaterait parmi les associés (nº 406).

§ III. *Du partage.*

Sommaire.

44. Quelles sont les règles du partage entre héritiers, que l'on applique au partage de la société?

44. Régulièrement la dissolution de la société est suivie du partage de l'actif, et, s'il y a lieu, du passif social. L'article 1872 porte : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers s'appliquent au partage entre associés. » Le partage

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 466, nºs 680-687.

est un seul et même fait juridique, quelle que soit la cause de l'indivision à laquelle il met fin, que ce soit la succession, la communauté ou la société. Donc les règles que le code établit au titre des *Successions*, sur le partage, sont générales de leur nature et doivent, par conséquent, recevoir leur application à la société. Il n'y a d'exception que pour les dispositions qui ont leur raison d'être dans les relations entre cohéritiers, ou qui sont une exception aux principes généraux (n° 410).

Le principe de l'égalité doit régner entre les associés, comme entre les héritiers; il faut donc appliquer les articles 826 et 832, sur la formation des lots (n° 415). Si l'égalité est blessée, à ce point que l'un des copartageants soit lésé de plus d'un quart, il y a lieu à rescision (n° 416). En cas d'éviction, l'associé évincé a droit à la garantie (n° 417). Le partage est déclaratif de propriété; c'est un principe général du droit français; il y a analogie complète, sous ce rapport, entre le partage de la société et le partage de la communauté entre époux (n° 418).

Le retrait successoral n'est pas applicable entre associés, parce que c'est une exception au droit commun et une véritable anomalie (n° 411). Il en faut dire autant de l'article 882, en tant qu'il déroge à l'article 1167 : car c'est aussi, sous ce rapport, une disposition exceptionnelle, que le législateur aurait dû appliquer au partage de la société; mais il ne l'a pas fait, et l'interprète ne peut pas étendre des exceptions (n° 413).

ANNEXE.

DE LA COMMUNAUTÉ.

Sommaire.

45. Qu'est-ce que la communauté? En quoi diffère-t-elle de la société?
46. Droits et obligations des communistes.
47. Les communistes ne sont pas mandataires les uns des autres.
48. Comment finit la communauté.

45. Il peut y avoir communauté entre deux ou plusieurs personnes sans qu'il y ait société. Des cohéritiers, des colégataires sont en communauté, ils ne sont pas associés; il n'y a pas même

de convention entre eux. Il ne faut pas induire de là que la communauté soit toujours un fait; elle peut résulter d'une convention; il en est ainsi quand deux personnes achètent en commun un immeuble, sans avoir l'intention de former une société. Il y a cette analogie entre la communauté et la société, c'est qu'une chose est possédée en commun par les associés et les communistes. Mais elles diffèrent sous un rapport essentiel : les associés mettent une chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter, ils spéculent pour accroître leur fortune (art. 1832) : les communistes n'ont pas cet esprit de lucre. La communauté est un état passif; une simple copropriété. Voilà pourquoi la loi la voit avec défaveur; loin d'augmenter la richesse, elle en entrave le développement : nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 815 (1). L'association, au contraire, augmente les forces des individus, c'est un instrument énergique pour accroître la richesse, et la richesse est un moyen de civilisation (n°s 432-434). De là des principes tout différents : la loi permet aux communistes de demander toujours le partage : les sociétés, au contraire, peuvent être formées à vie, on admet même la perpétuité des sociétés charbonnières.

46. Les droits et obligations des communistes ne sont pas ceux des associés. Ils sont copropriétaires, mais ils peuvent, d'un instant à l'autre, mettre fin à l'indivision; tandis que les associés doivent rester en société : c'est une entrave, mais elle a un but utile, puisque l'association leur procure des bénéfices plus considérables que la propriété exclusive (n° 436). Les associés ont des obligations concernant les choses communes. Les communistes sont aussi tenus de contribuer aux dépenses communes, telles que les réparations; mais ils peuvent s'en décharger en abandonnant leur droit de copropriété; ils sont tenus comme propriétaires, non comme débiteurs. Les associés, au contraire, sont obligés les uns envers les autres, et ils ne peuvent pas s'affranchir de leurs engagements en abandonnant leur droit de copropriété (n°s 436 et 437).

47. Dans le silence du contrat, les associés sont mandataires les uns des autres; ils ont le pouvoir d'administrer (art. 1859). Il

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 108, n°s 134 et 135.

n'en est pas de même de la communauté. En général, il n'y a rien à administrer, la communauté étant un état passif; si les copropriétaires sont dans le cas de faire un acte d'administration, ils doivent y figurer tous (n° 440); la majorité ne lie jamais la minorité, parce qu'il n'y a pas d'intérêts communs; chacun veille à son intérêt particulier (n° 443).

48. La communauté ne finit pas par la mort, ni par l'interdiction, ni par la déconfiture de l'un des communistes. C'est l'élément de copropriété qui domine dans la communauté; or la propriété est indépendante de la vie comme de la capacité du propriétaire; elle est perpétuelle de sa nature; tandis que la société se contracte par des considérations personnelles (n° 446).

La communauté finit régulièrement par le partage; il faut ajouter le cas rare où la chose commune périt, et le cas tout aussi rare où l'un des deux communistes fait abandon de son droit de copropriété (n° 445).

TITRE XI.

(TITRE X DU CODE CIVIL.)

DU PRÊT.

Sommaire.

49. « Il y a deux sortes de prêt : celui des choses dont on peut user sans les détruire, et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. La première espèce s'appelle *prêt à usage* ou *commodat;* la deuxième s'appelle *prêt de consommation,* ou simplement prêt » (art. 1874). Les auteurs du code ont emprunté cette doctrine à Pothier; on l'a critiquée. Il est certain qu'en général les choses consomptibles ne peuvent pas faire l'objet d'un prêt à usage, puisque l'emprunteur qui en use les

consomme. Mais il peut arriver, et Pothier le dit, que des choses consomptibles ne soient prêtées que pour la montre; dans ce cas, elles peuvent être l'objet d'un prêt à usage. Il eût donc été plus exact de dire que les choses fongibles sont prêtées à usage, et les choses non fongibles pour être consommées; la fongibilité ou la non-fongibilité dépendant de l'intention des parties contractantes et non de la nature physique des choses (n° 451).

Les deux prêts sont des contrats réels, à la différence de la vente, du louage et de la société, qui sont des contrats consensuels. Il est vrai que l'on peut s'engager à prêter, mais la promesse de prêter, quoique acceptée, n'est pas un prêt; c'est le promettant qui est obligé, tandis que dans le prêt c'est celui qui reçoit la chose, l'emprunteur; on ne conçoit de prêt que lorsque la chose a été livrée à celui qui est obligé de la restituer (n°s 453 et 454).

CHAPITRE Ier.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

§ I. *De la nature et des conditions du commodat.*

Sommaire.

50. Définition. L'usage est-il personnel à l'emprunteur?
51. Le commodat est un contrat unilatéral et à titre gratuit.
52. Qui peut consentir un prêt?
53. Quelles choses peuvent être prêtées?

50. « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875). L'usage est personnel à l'emprunteur, en ce sens qu'il ne peut pas céder son droit à un tiers; cependant le contrat n'est pas attaché à la personne des parties; les engagements qui

en résultent passent aux héritiers du prêteur et de l'emprunteur, à moins que l'on n'ait prêté qu'en considération de l'emprunteur et à lui personnellement; alors ses héritiers ne peuvent jouir de la chose prêtée (art. 1879). Quelle est cette considération de l'emprunteur? C'est ou le lien d'amitié qui unit les parties, ou le besoin personnel de l'emprunteur : question de fait qui dépend de l'intention des parties contractantes et des circonstances de la cause (n° 455).

51. Les articles 1875 et 1879 semblent considérer le commodat comme un contrat bilatéral; il y a, en effet, une section III, intitulée : *Des engagements de celui qui prête à usage*. Cela n'est pas exact. Il est vrai que le prêteur ne peut retirer la chose qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après que la chose a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (art. 1888); mais ce n'est pas là une obligation naissant du prêt, c'est plutôt une condition d'existence du contrat. Pour qu'il y ait prêt, il faut que la chose soit livrée à l'emprunteur, et qu'il ait le droit d'en user; si on lui livrait une chose pour la reprendre immédiatement, il n'y aurait pas de prêt, puisque la chose n'aurait pas été mise à la disposition de l'emprunteur. Quant aux engagements dont parle la section III, ils ne découlent pas du prêt, donc ils ne peuvent pas avoir pour effet de le rendre bilatéral (n° 456).

Le prêt est essentiellement gratuit (art. 1876). Si celui qui accorde l'usage d'une chose exige une prestation de l'autre partie, il n'y a plus de prêt; ce sera un louage si la prestation consiste en une somme d'argent, ou un contrat innomé quand l'autre partie s'engage à donner ou à faire quelque chose, en retour de l'usage qu'elle reçoit (n° 457).

52. Qui peut consentir un prêt? Le prêt étant une libéralité, les incapables et les administrateurs des biens d'autrui, tels que le tuteur et le mari, ne peuvent pas le consentir. Les incapables ne peuvent pas non plus emprunter; car ils s'obligent à conserver la chose pour la rendre; ils encourent donc une responsabilité; or, les incapables ne peuvent pas s'obliger (n° 459).

53. Quelles choses peuvent faire l'objet du commodat? « Tout ce qui est dans le commerce et qui ne se consomme pas par l'usage peut être l'objet de cette convention » (art. 1878). D'ordinaire, on ne prête que des choses mobilières. Les immeubles peuvent

aussi être prêtés, puisque la loi est conçue dans les termes les plus généraux (n° 460).

§ II. *Des obligations de l'emprunteur.*

Sommaire.

54. L'emprunteur supporte les dépenses ordinaires que nécessite l'usage.
55. *Quid* s'il fait de la chose un usage illicite?
56. De quelle faute l'emprunteur est-il tenu?
57. Si la chose est estimée, l'emprunteur répond du cas fortuit.
58. Responsabilité solidaire des emprunteurs.
59. De l'obligation de restitution.

54. L'emprunteur a le droit d'user de la chose, mais il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention et pendant le temps fixé par le contrat (art. 1880 et 1881).

« Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter » (art. 1886). Le prêt est gratuit, il ne faut pas que le service que le prêteur rend le constitue en perte en l'obligeant à des dépenses qui ne profitent qu'à l'emprunteur. Pothier donne un exemple qui détermine la portée de cette obligation. Je vous prête mon cheval pour faire un voyage; vous êtes obligé de le nourrir et de l'entretenir de fers à vos dépens, cette dépense ordinaire étant une charge de votre jouissance. Le principe est donc que l'emprunteur est tenu des dépenses ordinaires qui sont une charge naturelle du service qu'il tire de la chose prêtée (n° 465).

55. Si l'emprunteur se sert de la chose à un autre usage que celui qui est déterminé par sa nature ou par la convention, il est tenu des dommages-intérêts, *s'il y a lieu* (art. 1880), c'est-à-dire si les conditions requises pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts sont remplies : il doit y avoir faute et dommage causé. Il en est de même si l'emprunteur s'est servi de la chose pendant un temps plus long qu'il n'en avait le droit. La loi ne le dit pas, mais l'article 1880 ne fait qu'appliquer le droit commun; dès que le débiteur cause un dommage par sa faute, il doit le réparer (n° 466).

L'emprunteur est tenu, de plus, de la perte fortuite quand il

emploie la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait (art. 1881). En général, le débiteur ne répond du cas fortuit que lorsqu'il est en demeure; dans l'espèce, il ne s'agit pas d'un retard; le débiteur viole ses engagements, il est en faute, il doit répondre des conséquences. De là suit que si l'emprunteur prouve que la chose eût péri, quand même il n'en aurait pas fait un usage illicite, il n'est pas tenu du cas fortuit, car ce n'est pas par suite de sa faute que la chose périt (nos 469 et 470).

56. « L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée » (art. 1880). C'est le droit commun de l'article 1137, auquel nous renvoyons (1) L'article 1884 ajoute que si la chose se détériore par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, il n'est pas tenu de la détérioration. C'est encore le droit commun; le prêt a pour objet l'usage de la chose prêtée; se servir de la chose est donc un droit pour l'emprunteur; si l'usage ne peut se faire sans détériorer plus ou moins la chose, l'emprunteur n'en est pas responsable, car il n'a fait qu'user de son droit; pour qu'il réponde de la détérioration, il faut qu'il ait manqué à l'obligation qui lui incombe de conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille (n° 471).

L'article 1882 prévoit deux cas dans lesquels l'emprunteur est déclaré en faute par la loi :

1° La chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre; il est tenu, dans ce cas, de la perte fortuite. Quand on emprunte, c'est pour ses besoins; cela suppose que l'emprunteur n'a pas de chose à lui appartenant dont il puisse se servir; s'il en a une, et qu'au lieu de l'employer il se serve de la chose prêtée, il abuse du prêt; il expose la chose, sans droit, au risque qui l'a fait périr; donc il doit répondre de la perte (n° 473);

2° « Si l'emprunteur, ne pouvant conserver que l'une des choses, celle qu'il a empruntée, ou celle qui lui appartenait, a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre. » On suppose que les deux choses risquent de périr dans un incendie; si l'em-

(1) Voyez le t. XI de ce cours, p. 599, nos 554 et 555.

prunteur ne pouvant sauver les deux choses, sauve la sienne et laisse périr la chose prêtée, il est en faute, parce qu'il manque au plus simple devoir de délicatesse ; il doit penser au bienfait reçu, au lieu de penser à son intérêt ; au point de vue de la délicatesse, il commet une faute lourde, et dans un contrat de bienfaisance, la loi doit tenir compte de la délicatesse (n° 474).

57. « Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur s'il n'y a convention contraire » (art. 1883). L'estimation, dans ce cas, ne vaut pas vente, puisque l'emprunteur ne peut pas devenir propriétaire, la propriété reste au prêteur (art. 1877). La loi suppose que l'intention des parties, en estimant la chose, a été de rendre l'emprunteur responsable du cas fortuit. Cela serait admissible si les parties étaient des jurisconsultes ; celles qui ne le sont pas ne comprennent pas même le raisonnement subtil que le législateur leur attribue (n° 475).

58. « Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur » (art. 1887). On suppose le prêt d'une voiture fait à deux personnes pour un voyage; quoique chacun des emprunteurs n'ait occupé que sa place dans la voiture, le prêteur a cependant prêté la voiture entière à chacun d'eux, par conséquent chacun d'eux est tenu à la restitution de la voiture (n° 476).

59. La principale obligation de l'emprunteur consiste à rendre la chose après s'en être servi (art. 1875). Il doit la restituer quand le terme convenu est expiré. C'est la loi du contrat (n°477). A défaut de terme exprès, la loi admet un terme tacite : l'emprunteur doit rendre la chose après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (art. 1888). Il faut entendre cette disposition dans le sens que Pothier lui donne : l'emprunteur ne peut pas conserver la chose indéfiniment, il la reçoit à raison d'un besoin actuel, il doit donc en user de suite, et il est obligé de la rendre dès que le temps *nécessaire* à cet usage est écoulé. En cas de conflit, le juge prononcera (n° 478).

« Néanmoins, si pendant le délai ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre » (art. 1889). C'est une dis-

position d'équité qui déroge au droit de l'emprunteur. Pour que le prêteur puisse s'en prévaloir, il faut 1° que le besoin qu'il éprouve de la chose soit imprévu; s'il pouvait le prévoir lors du contrat, il devait en faire l'objet d'une stipulation expresse; en gardant le silence, il renonce au droit exceptionnel que lui donne la loi; 2° il faut que le besoin soit pressant, c'est-à-dire qu'il ne puisse être ajourné; 3° alors même que le besoin serait imprévu et pressant, le juge n'est pas obligé d'ordonner la restitution : il décide d'après les circonstances, ce qui implique qu'il doit prendre en considération le droit de l'emprunteur (n° 479).

La loi ne permet pas à l'emprunteur de retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit (art. 1885). C'est la répétition de l'article 1293; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (1).

§ III. *Des obligations du prêteur.*

Sommaire.

60. Le prêteur n'a pas d'obligations; il n'est obligé que par accident dans les cas prévus par les articles 1890 et 1891.

60. Nous avons déjà dit que le prêteur n'a pas d'obligations (2); celle que l'article 1888 semble lui imposer, de ne pouvoir retirer la chose prêtée qu'après l'expiration du terme exprès ou tacite pour lequel le prêt a été consenti, n'est pas une obligation : c'est une condition de l'existence du contrat. L'emprunteur seul est obligé (n° 482).

L'article 1890 porte : « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser. » Cette obligation ne naît pas du prêt, elle naît, par accident, dans le cours du prêt, des impenses que l'emprunteur a été obligé de faire pour la conservation de la chose; il y est obligé, en ce sens qu'il doit veiller à la conservation de la chose

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 75, n° 119.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 51.

en bon père de famille, il ne peut pas la laisser périr. Toutefois, il doit en avertir le propriétaire; il se pourrait que celui-ci ne voulût pas supporter la dépense, quoique nécessaire, parce qu'elle serait plus grande que l'utilité qu'il retire de la chose. Il y a exception quand la dépense est tellement urgente que l'emprunteur n'a pas eu le temps d'avertir le prêteur; dans ce cas, il faut que le prêteur agisse lui-même, car il ne peut pas laisser périr la chose (n° 482).

« Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur » (art. 1891). Le prêteur, dans ce cas, est coupable de dol, et l'on répond toujours de son dol; mais il ne répond pas de sa faute, parce qu'il n'est pas débiteur (n° 483).

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

§ I. *De la nature et des conditions du prêt de consommation.*

Sommaire.

61. Définition. Le prêt est un contrat unilatéral, réel et de bienfaisance.
62. Quelles choses peuvent faire l'objet du prêt?
63. Qui peut faire un prêt?

61. « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (art. 1892). Il résulte de cette définition que le prêt est un contrat unilatéral; le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur; celui-ci seul s'oblige. C'est la tradition, et cela résulte de la nature du contrat. Il est vrai qu'il y a une section intitulée : *des Obligations du prêteur;* nous dirons plus loin que ces prétendues obligations ne

naissent pas du prêt, et n'empêchent pas le contrat d'être unilatéral. Le contraire a été dit au conseil d'État, mais le conseil n'a pas pu changer la nature des choses, et le législateur lui-même ne le pourrait pas (n° 485).

Il résulte aussi de la définition de l'article 1892 que le prêt est un contrat réel. Pour qu'il y ait prêt, il faut que l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses; le contrat ne se parfait que par la livraison. Il y a, sous ce rapport, identité entre le prêt de consommation et le prêt à usage (n° 486).

Mais les deux prêts diffèrent quant aux effets de la tradition; dans le commodat, le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée (art. 1877); dans le prêt de consommation, la propriété est transmise à l'emprunteur (art. 1893). De là suit que la chose prêtée est aux risques de l'emprunteur dans le prêt, tandis que, dans le commodat, les risques sont pour le prêteur. D'ordinaire le risque, dans les contrats, est indépendant de la translation de la propriété. L'article 1893 établit, au contraire, une relation entre la translation de la propriété de la chose prêtée et le risque qui incombe à l'emprunteur. C'est que, dans le cas prévu par l'article 1893, la chose ne fait plus l'objet d'un contrat; le prêt est consommé; la chose prêtée, dès qu'elle est livrée à l'emprunteur, entre dans son domaine, il n'a aucune obligation concernant cette chose; donc c'est le cas d'appliquer le principe que la chose périt pour son propriétaire (nos 487 et 488).

Le prêt de consommation, de même que le commodat, est un contrat de bienfaisance, mais il y a cette différence que le commodat est essentiellement gratuit (art. 1876), tandis que le prêt est seulement gratuit de sa nature; la loi permet de stipuler des intérêts pour le simple prêt (art. 1905); dans ce cas, le contrat devient intéressé de la part du prêteur; il est commutatif (art. 1104), mais il reste unilatéral (n° 489).

62. Le prêt de consommation a pour objet, comme le nom l'indique, des choses qui se consomment par l'usage (art. 1875). La loi considère cet élément du prêt comme une condition; l'article 1894 ajoute, dans le même ordre d'idées, qu'on ne peut pas donner, à titre de prêt de consommation, des choses qui, quoique de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme des animaux; en effet, la restitution ne pourrait pas s'en faire identiquement,

puisque les choses que l'emprunteur rendrait différeraient de celles qu'il a reçues, ce qui est contraire à l'essence du prêt. La loi dit qu'un pareil prêt serait un commodat : cela est vrai en ce sens qu'il n'y a qu'un moyen de prêter les choses qui diffèrent dans l'individu, c'est de les prêter à usage.

Les auteurs du code ont suivi, en cette matière, la doctrine de Pothier; elle est exacte au point de vue du fait; régulièrement, pour mieux dire, presque toujours, les choses prêtées pour être consommées sont des choses *consomptibles*. En droit, il vaudrait mieux se servir de l'expression *fongibles;* la fongibilité dépend de l'intention des parties contractantes, et elles peuvent très-bien consentir un prêt de choses non consomptibles, si, dans leur intention, elles sont fongibles : tel serait le prêt qu'un libraire ferait à un autre d'un certain nombre d'exemplaires de code civil, à condition que l'emprunteur rende le même nombre de la même édition (n° 490).

63. Qui peut faire un prêt? L'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée (art. 1893); le contrat est donc translatif de propriété. De là suit que le prêteur doit être propriétaire et capable d'aliéner (n° 492).

Si le prêteur n'est pas propriétaire, le prêt est nul. Qui peut se prévaloir de la nullité? On applique le principe que les nullités qui sont d'intérêt privé ne peuvent être invoquées que par celui au profit duquel elles sont établies : donc l'emprunteur seul peut agir en nullité, le prêteur ne le peut pas (n° 493).

Le prêt fait par ceux qui sont propriétaires, mais incapables d'aliéner, est également nul. Cette nullité est relative; établie dans l'intérêt des incapables, eux seuls peuvent s'en prévaloir (art. 1125). Si l'incapable n'agit point, le prêt sera valable, comme tout acte simplement nul, c'est-à-dire annulable (n° 498).

Les incapables ne peuvent pas non plus emprunter, parce qu'ils ne peuvent pas s'obliger, et l'obligation qu'ils contractent en empruntant est une des plus dangereuses, puisqu'elle leur permet de s'endetter pour de folles dépenses. Nous avons dit ailleurs quelles sont les conditions requises pour que l'emprunt fait par un mineur ou au nom d'un mineur soit valable (n° 500).

§ II. *Des obligations du prêteur.*

Sommaire.

64. Le prêteur ne contracte pas d'obligations. Celles que le code énumère dans la section II ne sont pas des engagements, ou ce sont des engagements qui ne naissent pas du contrat de prêt. Ainsi l'article 1898 porte que le prêteur est tenu de son dol, de même que le commodataire; cette responsabilité découle non du prêt, mais du dol (n° 501). Le prêteur ne peut redemander la chose avant le terme convenu (art. 1899); s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances (art. 1900). Il en est de même dans le commodat, ce n'est pas une obligation, c'est une condition requise pour l'existence du prêt, comme nous l'avons dit ci-dessus (1).

L'article 1901 prévoit encore une difficulté concernant la restitution. « S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le *pourrait*, ou quand *il en aurait les moyens*, le juge lui fixera un terme de payement suivant les circonstances. » Il y a, dans ce contrat, un terme exprès, mais sans limite fixe; le tribunal décidera, en tenant compte de l'intention du prêteur, qui n'entend pas exiger la restitution à la rigueur dès qu'il le pourrait en droit strict : le juge est, dans ce cas, ministre d'équité (n° 505).

§ III. *Obligations de l'emprunteur.*

Sommaire.

65. L'emprunteur doit rendre les choses prêtées en même quantité, espèce et qualité (art. 1892 et 1902). Il doit rendre la même *quantité*; ce sont des choses que l'on considère quant à leur *poids*, leur *nombre* ou leur *mesure;* lors de la restitution, on les

(1) Voyez, plus haut, n° 51.

pèse, on les compte ou on les mesure, suivant leur nature. L'emprunteur doit rendre des choses de même espèce; c'est en cela que consiste la fongibilité : a-t-il reçu du blé, il restitue du blé. L'emprunteur est obligé de rendre des choses de même qualité; il a reçu du blé de première qualité, il doit rendre du blé de première qualité, car s'il en rendait d'une qualité inférieure, il ne rendrait pas ce qu'il a reçu.

La loi ne dit pas que l'emprunteur doit rendre des choses de même valeur; l'article 1897 porte que si des denrées ont été prêtées, l'emprunteur doit toujours rendre la même quantité, et ne doit rendre que cela, quelle que soit l'augmentation ou la diminution du prix. La valeur ne figure dans la restitution que pour la qualité; celui qui a reçu un sac de blé de première qualité en 1876, doit en rendre un de première qualité en 1877, terme convenu, quand même le sac, à cette époque, vaudrait vingt francs de plus ou vingt francs de moins. D'après la rigueur des principes, l'emprunteur aurait dû restituer la même valeur; si la loi ne l'y oblige pas, c'est probablement pour faciliter la restitution et pour éviter des difficultés (n° 505).

Si l'emprunteur est dans l'impossibilité de rendre des choses de même quantité, espèce et qualité, il est tenu d'en payer la valeur (art. 1903). Quelle valeur? La loi distingue. S'il y a une convention, l'emprunteur paye la valeur des choses, eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après le contrat; avec la somme qui lui est payée, le prêteur pourra se procurer les denrées que l'emprunteur ne lui rend pas en nature : dans ce cas, le payement de la valeur équipolle au payement des choses en nature. Si le temps et le lieu de la restitution n'ont pas été réglés, l'emprunteur doit payer les choses au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. Cette disposition déroge à l'ancien droit et aux vrais principes. D'ordinaire le prix des denrées aura augmenté; en payant la valeur lors du contrat, l'emprunteur ne rend donc pas ce qu'il a reçu, puisque le prêteur ne pourra pas se procurer les mêmes denrées qu'il a prêtées, il sera en perte, ce qui est contraire au droit et à l'équité (n° 507).

66. Si c'est une somme d'argent qui a été prêtée, l'emprunteur doit restituer la somme numérique portée au contrat, en espèces ayant cours au moment du payement; de sorte que s'il y a eu

augmentation ou diminution d'espèces, il paye d'après la valeur légale des monnaies (art. 1895). Ainsi la loi ne tient compte que de la valeur légale et non de la valeur réelle. C'est un principe tout différent de celui qui régit la restitution des denrées, au point de vue des principes, la différence ne s'explique point (n° 509). Le code revient aux vrais principes quand le prêt est fait en lingots (art. 1896). L'argent en lingots est considéré comme une marchandise, et la restitution s'en fait comme celle des denrées; tandis que l'argent monnayé n'est pas considéré comme une marchandise, ce qui est une nouvelle anomalie (n° 510).

67. « Si l'emprunteur ne rend pas les *choses prêtées* ou leur valeur, au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la demande en justice » (art. 1904). La loi applique au prêt, soit de denrées, soit d'argent, le principe de l'article 1153, d'après lequel les dommages-intérêts dans les obligations d'une somme d'argent sont fixes; en les limitant à l'intérêt légal, la loi lèse souvent le droit du créancier, et la perte est encore plus grande quand il s'agit de denrées. Le législateur a voulu éviter des difficultés d'appréciation, mais la justice va encore avant la facilité pratique qui prévient les contestations; s'il est bon de prévenir les procès, on ne doit pas le faire aux dépens du droit (n° 511).

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

Sommaire.

68. Quelle est la nature du contrat de prêt à intérêt?
69. L'intérêt doit-il être stipulé en termes exprès?
70. Comment se fait la preuve du payement des intérêts?
71. *Quid* si le débiteur ne paye pas les intérêts? *Quid* s'il paye des intérêts qui ne sont pas dus?
72. Le taux des intérêts conventionnels sera libre.
73. Le taux doit être fixé par écrit.

68. « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières » (art. 512). Le code le permet, par dérogation à l'ancien droit qui

prohibait le prêt à intérêt, sous l'influence des préjugés chrétiens, préjugés qui sont si loin de nous que nos catholiques modernes ne les comprennent plus; peut-être faudrait-il dire qu'ils ne les connaissent même pas (nº 506).

Le prêt à intérêt diffère du simple prêt, en ce sens qu'il cesse d'être un contrat de bienfaisance, mais il reste un contrat unilatéral. L'emprunteur contracte une obligation nouvelle, celle de payer les intérêts; quant au prêteur, il n'est pas plus obligé dans le prêt à intérêt que dans le prêt simple (nº 512).

69. La stipulation d'intérêts est permise dans tout prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières. Mais pour que l'intérêt soit dû, il faut qu'il soit stipulé; le prêt étant gratuit de sa nature, il ne peut devenir intéressé que par une déclaration de volonté. Cette déclaration ne doit pas être expresse, le mot *stipuler,* dont l'article 1905 se sert, est synonyme de contracter : il suffit que les parties consentent, et la loi ne prescrit aucune forme pour l'expression du consentement; tout ce qu'elle demande c'est que la volonté soit clairement prouvée (nº 514).

70. Quand il y a une stipulation d'intérêts, la preuve qu'ils ont été payés se fait d'après le droit commun. L'article 1908 déroge aux principes généraux sur la preuve, dans le cas où le créancier a donné quittance du capital sans réserve des intérêts. La quittance du capital fait présumer le payement des intérêts et en opère la libération; le payement étant présumé, le débiteur est dispensé de la preuve. La présomption repose sur une probabilité. Quand le créancier a droit au capital et aux intérêts, il est intéressé à ce que les intérêts soient payés avant le capital, parce que le capital non soldé produit des intérêts, tandis que les intérêts échus ne produisent des intérêts que par une demande judiciaire, ou par une nouvelle convention, et sous la condition qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (art. 1154). De plus, les intérêts se prescrivent par cinq ans (art. 2275), tandis que le capital ne se prescrit que par trente ans (art. 2262). Il est donc plus que probable que le créancier ne donnera pas quittance du capital, si les intérêts lui sont encore dus (nº 518). De là la présomption de l'article 1908.

71. Si le débiteur ne paye pas les intérêts, le créancier pourra-t-il exiger la restitution du capital? C'est demander si la

condition résolutoire tacite est sous-entendue dans les contrats unilatéraux. La négative est écrite dans le texte de l'article 1184 (1). L'opinion contraire est cependant généralement admise (n° 521).

L'article 1906 prévoit le cas contraire : l'emprunteur paye des intérêts qui n'étaient pas stipulés; la loi décide qu'il ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital. Quelle en est la raison? Si je paye ce que je ne dois pas, je puis répéter ce que j'ai payé, en supposant que j'aie payé par erreur. En disant que l'emprunteur ne peut pas répéter les intérêts qu'il a payés, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés, la loi décide implicitement que le débiteur a payé ce qu'il devait; ce qui suppose que les intérêts étaient dus en vertu de la convention des parties, quoiqu'ils ne fussent pas stipulés à l'acte; c'est-à-dire qu'il y a eu une convention tacite qui est prouvée par l'exécution que le débiteur lui donne en payant les intérêts, et le créancier en les recevant (n° 522). Autre est la question de savoir si le débiteur peut répéter s'il a payé les intérêts par erreur; l'affirmative est certaine; c'est le droit commun, et la loi n'y déroge point, parce qu'il n'y avait aucun motif d'y déroger (n° 523).

72. Quel est le taux des intérêts que les parties peuvent stipuler? L'article 1907 distingue : l'intérêt légal est fixé par la loi, l'intérêt conventionnel dépend de la volonté des parties contractantes. Ce principe a été modifié par la loi du 3 septembre 1807 qui défend de stipuler un intérêt supérieur à l'intérêt légal, et fixe cet intérêt à cinq pour cent en matière civile et à six pour cent en matière de commerce. La loi belge du 5 mai 1865 est revenue au principe de liberté du code civil. L'argent est une marchandise dont le prix varie, ainsi que celui des denrées; dès lors la location de l'argent, comme celle de toute marchandise, doit être entièrement libre, le prix variant d'après l'abondance ou la rareté des marchandises : c'est l'offre et la demande qui le déterminent. Le législateur de 1807 voulait prévenir l'abus des intérêts trop élevés; mais l'expérience a prouvé que la loi manquait son but. Rien n'est plus facile que de l'éluder, et éluder la loi, c'est la violer. Or la nécessité d'éluder la prohibition

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 466, n°s 680 et 681.

aggrave la condition de l'emprunteur, car le prêteur se dédommage d'avance, par les clauses du contrat, du danger qu'il court d'être poursuivi pour cause d'usure (nos 524, 525).

73. Le taux des intérêts conventionnels doit être fixé par écrit (art. 1907). On a cru que cette condition serait une garantie contre l'usure. Dans le système du code, rétabli par la loi belge, la disposition n'a pas de raison d'être, puisque l'intérêt conventionnel est libre; toutefois elle subsiste. Il n'en résulte pas que la fixation du taux de l'intérêt ne puisse être prouvée que par écrit. L'article 1907 déroge seulement au principe établi par l'article 1341, aux termes duquel la preuve testimoniale est reçue quand le montant pécuniaire de la convention ne dépasse point cent cinquante francs, et à l'article 1347, qui admet la preuve par témoins indéfiniment lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. La loi exigeant un écrit, les parties ne seront jamais reçues à la preuve testimoniale en cette matière. Mais il y a d'autres preuves, qui n'ont rien de commun avec l'article 1341 : telles sont l'aveu et le serment. Rien n'empêche les parties de les invoquer (n° 528).

CHAPITRE IV.

DES RENTES PERPÉTUELLES.

(*Principes de droit civil*, t. XXVII.)

---

§ I. *Des rentes constituées.*

Sommaire.

74. Définition et caractère. Origine des rentes constituées.
75. On applique à la constitution de rente les principes qui régissent le prêt à intérêt.
76. Du rachat de la rente foncière.
77. Des cas dans lesquels le créancier peut demander le capital. Est-ce une résolution du contrat ou est-ce une déchéance du terme?

74. « On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger. Dans ce cas, le *prêt* prend le nom de

constitution de rente » (art. 1909). Les rentes étaient très-usitées dans l'ancien droit; tandis qu'elles tendent à disparaître sous l'empire du code civil. La raison en est que le prêt à intérêt, jadis prohibé, est aujourd'hui permis, et il présente un avantage que n'a point la constitution de rente, c'est que le capital est exigible. Les rentes ont aussi changé de caractère; Pothier dit que la rente constituée est un contrat par lequel l'une des parties *vend* à l'autre une rente perpétuelle, pour une somme que le vendeur reçoit de l'acheteur. Ainsi le contrat était considéré comme une *vente*, tandis que le code le qualifie de *prêt*. La vérité est que le contrat de rente a toujours été un prêt; si on lui donnait la couleur de la vente, c'est pour échapper à la prohibition du prêt à intérêt, et c'est pour éluder cette prohibition que l'on imagina les rentes constituées. C'était une fiction, c'est-à-dire une de ces fraudes pieuses que les théologiens pratiquent pour s'accommoder avec le Ciel : on se gardait bien de prêter à intérêt, c'eût été un péché mortel, mais on achetait une rente, ce qui revenait au même, et néanmoins ce n'était pas un péché. Il y a cependant une différence entre la rente et le prêt, c'est que dans la constitution de rente, le prêteur s'interdit la faculté d'exiger le capital, tandis que, dans le prêt à intérêt, le capital est remboursé à l'expiration du terme pour lequel le prêt est fait. De là une conséquence importante : le prêteur a droit au capital, dont il peut demander le remboursement au terme convenu : le crédirentier a seulement droit aux arrérages ; il ne peut pas exiger le capital, mais le débiteur peut en offrir le remboursement, la rente constituée étant essentiellement rachetable. Le contrat de rente est très-rare depuis que le prêt à intérêt est permis, mais il reste encore beaucoup d'anciennes rentes (n°s 1-4).

75. La constitution de rente étant un prêt, on doit appliquer aux rentes les principes qui régissent le prêt à intérêt. Ainsi, sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, le taux des rentes ne pouvait dépasser l'intérêt légal; la loi belge du 5 mai 1865 donne pleine liberté aux parties contractantes pour le taux des arrérages comme pour le taux des intérêts (n° 7). Il suit du même principe que le taux des arrérages, de même que celui des intérêts, doit être fixé par écrit (art. 1907).

76. « La rente constituée en perpétuel est essentiellement ra-

chetable » (art. 1191). C'est une conséquence naturelle du contrat; puisque c'est un prêt, l'emprunteur doit avoir le droit de rembourser le capital. Il y a seulement cette différence entre le prêt et la rente, c'est que l'emprunteur doit le capital, tandis que le débirentier ne le doit pas, le créancier s'étant interdit de l'exiger; mais le débiteur a le droit de rachat, c'est-à-dire, la faculté de rembourser le capital, pour se décharger du service des arrérages (n° 10).

L'article 1911 ajoute : « Les parties peuvent seulement convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé. » Dans le prêt ordinaire, le remboursement est de droit; dans la constitution de rente, l'emprunteur a aussi le droit de rembourser, mais le prêteur, en plaçant ses capitaux en rente perpétuelle, manifeste la volonté de jouir de la rente pendant de longues années; il doit donc avoir le droit de stipuler que le rachat ne pourra se faire qu'après un certain délai. La loi ne permet d'ajourner le rachat que pendant dix ans, tandis que, dans le simple prêt, on peut convenir que l'emprunteur ne remboursera qu'après vingt ou trente ans : nous ne connaissons pas de raison de cette différence. La clause qui fixerait un délai plus long que dix ans serait nulle, en ce sens que le délai serait réduit à dix ans (n° 11 *bis*).

A quel taux se fait le remboursement? D'après le droit français, à cinq pour cent. D'après notre droit, il n'y a pas de taux légal; le rachat se fera donc au taux auquel la rente a été constituée. La loi des 18-29 décembre 1790 (tit. III, art. 2) contient une disposition spéciale sur le rachat des rentes en nature; il en résulte qu'il se fait au taux de trois septièmes pour cent environ (n° 12).

77. En principe, le créancier ne peut pas demander le remboursement du capital. Il y a exception dans les trois cas prévus par les articles 1912 et 1913 : 1° s'il cesse de payer les arrérages pendant deux ans; 2° s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat; et 3° s'il tombe en faillite ou en déconfiture. On explique d'ordinaire ces dispositions par la condition résolutoire tacite (art. 1184); à notre avis, c'est une simple déchéance du terme que le débiteur encourt, parce que la situation des parties contractantes a changé.

Les articles 1912 et 1913 sont donc une conséquence de l'article 1188. Cela est certain pour le cas prévu par l'article 1913, la faillite ou la déconfiture du débiteur, puisque l'article 1188 contient une disposition identique, et la raison est identique : le créancier n'aurait pas prêté ses fonds à un débiteur failli ou en déconfiture, partant il doit avoir le droit d'en demander le remboursement si le débiteur devient insolvable. L'article 1188 déclare encore le débiteur déchu du bénéfice du terme quand, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données au créancier par son contrat. Ce cas n'est pas prévu textuellement par l'article 1912, mais tous les auteurs l'admettent par analogie de celui qui y est prévu, à savoir que le débiteur peut être contraint au rachat s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat. En réalité, les deux cas sont identiques et il y a même motif de décider. Le créancier n'a consenti à prêter ses capitaux au débiteur que moyennant les sûretés promises par celui-ci; si ces garanties ne sont pas fournies, le créancier doit avoir le droit de reprendre ses fonds en mettant fin au contrat. L'article 1188 ne prévoit pas le cas où le débiteur ne paye pas les intérêts de la dette, mais le principe est toujours le même. Le créancier a voulu s'assurer un revenu certain; il n'aurait pas contracté s'il avait prévu que le débirentier ne payerait pas exactement; donc il doit avoir le droit de rompre le contrat (n° 16).

Il suit de là que l'on doit appliquer aux cas prévus par les articles 1912 et 1913 le principe de l'article 1188, et non le principe de l'article 1184. C'est une déchéance du terme, ce n'est pas une résolution du contrat : le contrat subsiste, seulement le capital devient exigible. Quand il y a lieu à la condition résolutoire tacite, la résolution doit être demandée en justice, tandis que la déchéance des articles 1188, 1912 et 1913 est établie par la loi. Quand la résolution est demandée, en vertu de l'article 1184, le juge peut accorder un délai au débiteur; dans le cas de déchéance du terme, le juge n'a pas ce droit (n° 17).

§ II. *Des rentes dites foncières.*

Sommaire.

78. Dans l'ancien droit, on appelait *bail à rente* le contrat qui donnait naissance à une rente foncière. Pothier le définit comme suit : « C'est un contrat par lequel l'une des parties *baille* et *cède* à l'autre un héritage et s'oblige de le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la *réserve* qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de fruits qu'il retient sur ledit héritage, et que l'autre partie s'oblige de lui payer tant qu'elle possédera ledit héritage. » En apparence, l'article 530 reproduit cette définition; il est ainsi conçu : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la *cession* à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. » Céder un immeuble sans prix déterminé en argent et sous la condition qu'une rente sera payée au cédant, n'est-ce pas faire un *bail à rente*, et constituer une rente foncière? En réalité, l'article 530, loin de maintenir la rente foncière, a eu pour objet de l'abolir, telle qu'elle existait dans l'ancienne jurisprudence.

La rente *foncière* était appelée ainsi parce qu'elle était due par le *fonds;* en la stipulant, le bailleur se réservait la rente dans l'héritage; cette réserve démembrait la propriété, le bailleur en conservait une partie sous le titre de rente; voilà pourquoi son droit était immobilier. Quant au preneur, il était tenu de la rente, non comme débiteur personnel, mais comme détenteur de l'immeuble grevé de rente; la dette ne passait pas à ses héritiers, à moins qu'ils ne fussent détenteurs du fonds; ils en étaient tenus, dans ce cas, comme tout détenteur; mais le détenteur de l'héritage n'étant tenu de la rente qu'à raison de sa détention, il pouvait se décharger de sa dette en abandonnant le fonds ou, comme on disait, en *déguerpissant*.

L'article 530 ne reproduit pas ces caractères de l'ancienne rente foncière; il ne dit pas que le bailleur se *réserve* ou *retient* sur le fonds une rente annuelle; la rente est simplement la condition de la cession de l'immeuble, c'est-à-dire qu'au lieu de stipuler un prix en capital, le cédant stipule un prix en rente; or, tout prix est une dette personnelle. La dette passe aux héritiers; les tiers détenteurs n'en sont pas tenus, à moins qu'ils ne s'y soient obligés. Dans cet ordre d'idées, il ne peut plus être question de déguerpissement (n° 38).

Pourquoi les auteurs du code n'ont-ils pas maintenu les anciennes rentes foncières? Elles avaient été déclarées rachetables et mobilisées par les lois de la révolution, il en résultait qu'elles n'existaient plus que de nom. Le projet de code civil n'en parlait pas. Quand on réunit tous les titres du code en un seul corps de lois sous le titre de code civil des Français, on s'aperçut qu'il y avait une lacune; elle fut comblée par une disposition nouvelle, l'article 530. Les rentes foncières trouvèrent des défenseurs au conseil d'État. On dit que le bail à rente avait fertilisé la France; de riches propriétaires, possédant des fonds incultes qu'ils ne voulaient pas cultiver, les cédaient à de pauvres cultivateurs, lesquels s'obligeaient à payer au bailleur une rente modique, comme prix de la jouissance perpétuelle qui leur était cédée. Le bail à rente leur procurait des avantages que le bail ordinaire ne leur aurait pas donnés; ils devenaient propriétaires, à charge d'une redevance perpétuelle, tandis que, comme fermiers, ils pouvaient être expulsés à la fin du bail. Tant qu'il y a des terres incultes, dit Maleville, il importe de maintenir des contrats qui en favorisent la culture. En théorie, cela est vrai; mais, en fait, le bail à rente touchait aux abus de la féodalité, en ce sens qu'il établissait diverses classes de citoyens, des classes dominantes et des classes dépendantes; le bailleur conservait un droit de propriété dans la chose, et le preneur était tenu à une redevance perpétuelle; de là la domination des uns et la dépendance des autres (n° 40). C'est la raison pour laquelle les lois de la révolution et le code Napoléon ont aboli l'ancien bail à rente.

Il n'y a donc plus de rente foncière. Toutefois, la rente établie comme condition de la cession d'un fonds a conservé ce nom pour la distinguer de la rente constituée. Bien que les deux

espèces de rentes soient au fond identiques, il y a des différences; il importe donc de préciser les cas dans lesquels il y a rente foncière, en donnant ce nom à la rente de l'article 530 (n°41).

79. L'article 530 prévoit deux cas. D'abord celui où la rente est établie à perpétuité comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier. C'est le bail à rente de l'ancien droit; la rente est donc une rente foncière. Le mode d'établissement la distingue de la rente constituée. Celle-ci est l'intérêt d'un capital que le prêteur s'interdit d'exiger (art. 1909). Celui qui vend ou qui donne un immeuble à charge d'une rente perpétuelle ne fait pas un prêt, il transmet la propriété d'un immeuble; l'acte qui donne naissance à la rente foncière est un acte translatif d'un droit réel immobilier, partant sujet à transcription, en vertu des lois portées en Belgique et en France. Le cédant a l'action résolutoire en vertu de l'article 1184, et il a un privilége comme donateur ou vendeur, car la cession est ou une donation ou une vente (n° 42).

La rente peut encore être établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble. Cela suppose que la vente s'est faite pour un prix porté au contrat, prix pour lequel l'acheteur servira une rente : vente d'un immeuble pour cinquante mille francs, prix pour lequel l'acheteur servira une rente perpétuelle de deux mille francs. On objecte que, dans cette hypothèse, il y a deux faits juridiques très-distincts : d'abord, une vente faite pour cinquante mille francs; puis une novation qui transforme la dette capitale de cinquante mille francs en une dette de rente; d'où suivrait que la rente serait le prix d'un capital mobilier, et, par conséquent, une rente constituée. L'objection ne tient aucun compte du texte de l'article 530 : la loi présume, et avec raison, qu'il n'y a pas novation, puisqu'elle met le second cas sur la même ligne que le premier. Telle est, en effet, l'intention probable du vendeur; il fixe le prix en capital, uniquement pour déterminer le montant de la rente; il a, du reste, intérêt à ce qu'il n'y ait pas novation, car en faisant novation, il perdrait son privilége et l'action résolutoire, c'est-à-dire les plus fortes garanties qui lui assurent le payement de la rente. Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse y avoir novation, tout dépendant de la volonté des parties contractantes, mais on ne peut l'admet-

tre que si elle résulte clairement de ce qui s'est fait (nos 42-44).

80. Les rentes foncières de l'article 530 sont essentiellement rachetables. Dans l'ancien droit, elles étaient, de leur nature, non rachetables : c'était un droit de propriété, donc un droit perpétuel. C'eût été exproprier le bailleur que de le forcer à recevoir un capital au lieu de la rente, qui formait un droit réel immobilier, et l'expropriation n'est légitime que lorsqu'elle se fait pour cause d'utilité publique. C'est cette expropriation que la loi du 4 août 1789 autorisa, en déclarant les rentes foncières rachetables. La date de la loi en indique le motif : c'est un des nombreux décrets portés dans la célèbre nuit du 4 août, et qui avaient pour objet de détruire la féodalité jusque dans ses derniers vestiges. Il est vrai que les rentes foncières n'étaient pas féodales; aussi ne furent-elles jamais abolies; on les déclara seulement rachetables en défendant de créer à l'avenir des rentes non remboursables. La perpétuité des rentes était contraire à l'ordre public; c'était une espèce de servitude qui affectait le fonds et qui rejaillissait sur la personne du propriétaire (n° 46).

Le code civil maintint le principe du rachat en permettant aux parties d'en régler les clauses et les conditions (art. 530, deuxième alinéa). Elles peuvent notamment stipuler que la rente ne pourra être remboursée au créancier qu'après un délai qui ne peut excéder trente ans; dans ce cas, la rente sera perpétuelle, en ce sens que le rachat n'aura pas lieu pendant la vie des parties contractantes. Cette modification concilie l'intérêt de l'agriculture, qui demande que la convention ait une certaine durée, et l'ordre public qui s'oppose à la perpétuité (n° 47).

Le code ne déclare rachetables que les rentes perpétuelles; si larente est stipulée à temps, il n'y a pas de raison pour mettre un terme à des charges qui ont un terme conventionnel. La rente est perpétuelle, d'après la loi de 1790, quand elle dépasse la durée de 99 ans. Le débiteur peut alors s'en racheter, c'est-à-dire se libérer de la charge, en remboursant au créancier le capital de la rente. Ainsi, le rachat n'est pas la résolution du contrat de vente; la vente subsiste, l'acquéreur reste propriétaire; le créancier qui a vendu le fonds avec charge de rente ne rentre point dans la propriété de l'héritage, il reçoit le capital de la rente. A quel taux se fera le rachat? La loi de 1790 règle le rachat des anciennes rentes

foncières ; le taux diffère selon que la rente consiste en argent ou en denrées. Dans le premier cas, le rachat se fait sur le pied de 5 pour cent. Si les arrérages consistent en denrées, on doit d'abord les évaluer en argent ; le prix des denrées est établi pendant les quatorze années qui précèdent le rachat ; on retranche les deux années où le prix a été le plus élevé et les deux années où il a été le plus bas ; les prix des dix années restantes sont ensuite additionnés ; on divise le total par dix, ce qui donne le prix moyen de la rente ; le rachat se fait à 4 pour cent de ce prix. Pourquoi 4 pour cent au lieu de 5 pour cent? C'est que le taux de 5 pour cent ne donnerait pas au créancier un revenu égal à celui qu'il avait en deniers, puisque les denrées augmentent tous les jours de valeur (n° 49).

La loi de 1790 est une loi d'expropriation qui ne régit que les rentes anciennes ; quant aux rentes créées depuis, elles sont rachetables de leur nature. Pour celles qui ont été constituées sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, le rachat se fait au denier vingt, sans distinguer si les arrérages consistent en denrées ou en argent. Si la prestation a été stipulée en denrées, il faut l'évaluer en argent : on applique, à cet égard, par analogie, les dispositions de la loi de 1790. D'après la loi belge, conforme au code civil, les parties peuvent fixer le taux du rachat comme elles l'entendent.

L'article 530 permet aux parties de stipuler que la « rente ne pourra être remboursée qu'après un certain temps, lequel ne peut dépasser trente ans. Toute stipulation contraire est nulle. » La limite de trente ans a été fixée pour sauvegarder le droit de rachat, lequel tient à la liberté du débiteur. Il suit de là que si les parties fixent un délai plus long, la clause sera seulement nulle pour l'excédant ; il y aura lieu, non à annuler la convention, mais à réduire le délai. On peut invoquer, par analogie, la disposition de l'article 1660 relative à la faculté de rachat (n° 53).

81. Dans l'ancien droit, les rentes foncières étaient immeubles ; la plupart des coutumes réputaient même immeubles les rentes constituées, afin de conserver les biens dans les familles (n° 54). La loi de 1790 ne changea pas la nature des rentes, elle se borna à les déclarer rachetables. La loi du 11 brumaire an VII décida qu'elles ne pouvaient pas être hypothéquées ; c'était impli-

citement les déclarer mobilières : le code le dit en termes formels (art. 529). La mobilisation des rentes foncières a changé complétement la situation des détenteurs d'immeubles grevés de rentes. Dans l'ancien droit, la rente était due par le fonds, donc par tout détenteur du fonds, sauf à celui-ci à user de la faculté de déguerpir : en mobilisant les rentes foncières, le code leur a enlevé le caractère de droit réel immobilier, pour ne laisser au crédirentier qu'un simple droit de créance; il a donc transformé son action réelle en action personnelle. Par suite, le détenteur de l'immeuble, qui n'était pas débiteur personnel, l'est devenu ; l'obligation passe à ses héritiers et autres successeurs universels, tandis que les tiers acquéreurs n'en sont plus tenus. Il résulte du même principe que les débiteurs de la rente ne peuvent plus s'en affranchir en déguerpissant. Cela est vrai des anciennes rentes aussi bien que des nouvelles (n° 55-58).

82. Par leur mobilisation, les rentes foncières sont devenues des rentes constituées, en ce sens que les unes et les autres sont des créances ordinaires, ayant pour objet une prestation périodique et perpétuelle, essentiellement rachetable. Il y a toutefois des différences.

On peut stipuler que le rachat des rentes perpétuelles n'aura pas lieu pendant un certain temps, qui ne peut excéder dix ans pour les rentes constituées, tandis qu'il peut être de trente ans pour les rentes foncières. Il y a encore une différence en ce qui concerne les conditions de rachat. S'agit-il d'une rente foncière, les parties jouissent d'une entière liberté : une rente foncière de cinq mille francs, constituée au denier vingt, peut être stipulée remboursable au denier vingt-cinq, même sous l'empire d'une législation qui limite l'intérêt conventionnel à cinq pour cent. La raison en est que le capital de la rente est le prix d'un immeuble, et aucune loi ne fixe le prix auquel il est licite de vendre un héritage. Il n'en est pas de même des rentes constituées ; le contrat de constitution est un prêt à intérêt et, comme tel, il est soumis aux lois qui restreignent le taux de l'intérêt ; les arrérages ne peuvent donc être stipulés qu'au taux légal (n° 67). Dans notre droit, cette différence disparaît, puisque le taux des intérêts et, par suite, des arrérages dépend de la volonté des parties contractantes.

TITRE XII

(TITRE XI DU CODE CIVIL.)

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE.

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉPOT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

Sommaire.

83 « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature (art. 1915). Pourquoi le code dit-il que le dépôt est un *acte ?* C'est parce que la définition de l'article 1915 comprend non-seulement le dépôt ordinaire, mais aussi le séquestre ordinaire, lequel est un règlement ordonné par le juge et non un contrat (n° 68).

La définition implique que le dépôt est un contrat réel; l'article 1919 le dit : « Le dépôt n'est parfait que par la tradition de la chose déposée. » Tant que la tradition n'est point faite, on ne conçoit pas de dépôt; en effet, le dépôt n'engendre d'obligation qu'à charge du dépositaire; et à quoi s'oblige-t-il? A garder la chose et à la restituer; or, comment garderait-il et restituerait-il une chose qui ne lui a pas été remise? Sans doute, l'obligation de recevoir une chose en dépôt est valable; mais tant que la tradition n'aura pas été faite, il n'y a point de dépôt (n° 69).

L'article 1919 ajoute : « La tradition *feinte* suffit quand le dépo-

sitaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt. » Cette disposition, empruntée à Pothier, n'est pas en harmonie avec notre droit moderne. Le code civil ne connaît plus de tradition feinte; dès que le dépositaire détient la chose à titre de dépôt, il y a tradition réelle; la fiction que l'on imaginait dans l'ancien droit est donc inutile (n° 70).

84. « Il y a deux espèces de dépôts, le dépôt proprement dit et le séquestre » (art. 1916).

CHAPITRE II.

DU DÉPOT PROPREMENT DIT.

Sommaire.

85. « Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit » (art. 1917). C'est un service d'ami, donc un contrat de bienfaisance. Si le dépositaire exige une rétribution, le contrat est un louage par lequel le gardien loue ses soins pour le prix convenu (n° 77).

« Le dépôt ne peut avoir pour objet que des choses mobilières » (art. 1918). La raison en est que le dépôt est fait pour que la chose soit gardée, et que le déposant la retrouve lorsqu'il en aura besoin; or, une chose immobilière, telle qu'une pièce de terre, une maison, n'a pas besoin d'être gardée; donc elle n'est pas susceptible du contrat de dépôt. Nous dirons plus loin qu'il n'en est pas de même du séquestre (art. 1959).

86. « Le dépôt est volontaire ou nécessaire (art. 1920).

SECTION I. — Du dépôt volontaire.

§ I. *Conditions et preuve.*

Sommaire.

87. Comment se forme le dépôt volontaire?
88. Qui peut faire un dépôt?
89. *Quid* si les parties sont incapables de contracter?
90. Comment se fait la preuve du dépôt?

87. « Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit » (art. 1921). Cela est de l'essence de tout contrat. Pourquoi la loi le dit-elle spécialement du dépôt volontaire? Le dépôt nécessaire est aussi un contrat, mais il y a une nuance qui distingue les deux dépôts, et qui tient au consentement. Le dépôt volontaire pourrait, à la rigueur, ne point se faire, tandis que le dépôt nécessaire est forcé par quelque accident; si on ne le faisait point, la chose périrait. Celui qui fait un dépôt volontaire choisit librement la personne à qui il remet la chose; dans le dépôt nécessaire, on est obligé de la déposer entre les mains du premier venu (n° 81).

88. Qui peut faire un dépôt volontaire? L'article 1922 répond que *régulièrement* ce dépôt doit être fait par le propriétaire de la chose déposée ou de son consentement exprès ou tacite. La loi dit *régulièrement*. Il est certain que le simple possesseur peut faire un dépôt; le dépositaire lui-même peut remettre à un ami la chose qui lui a été confiée quand, par une cause quelconque, il lui est impossible d'y veiller. Le dépôt fait par celui qui n'est pas propriétaire de la chose est donc valable, l'article 1938 le dit. Le dépositaire devra restituer la chose déposée, sans pouvoir exiger de celui qui a fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée. Nous dirons plus loin la modification que le code apporte à ce principe quand il s'agit d'une chose volée (n° 82).

89. « Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter » (art. 1925). C'est l'application du principe élémentaire qui régit tous les contrats (art. 1123). Les inca-

pables sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées (art. 1124). S'ils font un dépôt, le contrat est nul, mais la nullité est relative; les personnes capables ne peuvent se prévaloir de l'incapacité de ceux avec qui elles contractent (art. 1125).

Si le déposant est incapable, et si le dépositaire est capable, celui-ci est tenu de toutes les obligations qui naissent du dépôt; car, à son égard, le contrat est valable, et le déposant n'a aucun intérêt à en demander la nullité, puisqu'il est fait exclusivement en sa faveur. Le dépositaire devra donc restituer la chose; mais comme le créancier est incapable de recevoir le payement, le débiteur devra payer à celui qui est autorisé par la loi à recevoir pour lui (art. 1239); donc au tuteur si le déposant est mineur, et au mari administrateur s'il s'agit d'une femme mariée dont le mari administre les biens (art. 1925) (n° 84).

« Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, le dépositaire peut invoquer son incapacité; dans ce cas, le dépôt sera nul à son égard, il ne sera donc pas tenu des obligations du dépôt, pas même de la restitution de la chose déposée. Le déposant aura seulement l'action en revendication, ce qui suppose que la chose existe dans les mains du dépositaire; si elle n'existe plus, le déposant n'a qu'une action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence du profit que le dépositaire a retiré de la chose, action fondée sur l'équité, qui ne permet pas que le dépositaire s'enrichisse aux dépens du déposant (art. 1926) (n° 85).

90. Comment se fait la preuve du dépôt? L'article 1923 répond qu'il doit être prouvé par écrit, en ce sens que la preuve testimoniale n'en est pas reçue pour valeur excédant cent cinquante francs. C'est la reproduction de la règle établie par l'article 1341. La preuve du dépôt reste donc sous l'empire du droit commun; si la loi reproduit la règle générale, c'est pour établir une différence entre le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire; nous dirons plus loin que celui-ci se prouve indéfiniment par témoins (art. 1950) (n° 86).

Si la chose déposée a une valeur supérieure à cent cinquante francs, le dépôt doit se prouver par écrit, et à défaut d'écrit, par l'aveu du dépositaire, ou par le serment que le déposant lui peut déférer. C'est le droit commun, et la loi, loin d'y déroger, le

maintient (n° 91). Toutefois, l'article 1924 ajoute que le défendeur en est cru sur sa déclaration soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit sur le fait de sa restitution. Cette disposition déroge-t-elle aux principes généraux qui régissent la preuve? La loi suppose que le demandeur n'a ni écrit, ni aveu, et qu'il ne défère pas le serment au défendeur; elle décide que, dans ce cas, le défendeur en est cru sur sa déclaration, d'abord pour le fait même du dépôt. C'est l'application de la vieille règle : *actore non probante, reus absolvitur*. Le demandeur doit prouver l'existence du dépôt; s'il n'en fait pas la preuve, le défendeur est renvoyé; il n'a pas même besoin de faire une déclaration quelconque, il obtient gain de cause par cela seul que le demandeur ne fait pas la preuve qui lui incombe.

Si le fait du dépôt est établi, mais qu'il y ait contestation sur l'objet du dépôt, par exemple, sur le montant des espèces déposées, c'est toujours le demandeur qui sera tenu d'en faire la preuve; s'il ne la fait pas, il doit succomber. Le juge pourra, en ce cas, déférer le serment à l'une des parties. La loi permet aussi au dépositaire de mettre fin au débat en déclarant quelle chose était l'objet du dépôt : cette déclaration est un aveu fait en justice et fera pleine foi.

Le défendeur, tout en avouant qu'il a reçu telle chose en dépôt, peut déclarer qu'il l'a restituée. Cet aveu fera encore foi, sans que le demandeur soit admis à le diviser. On suppose qu'il n'a pas de preuve; il est donc obligé de suivre la foi du dépositaire. En définitive, l'article 1924 ne fait qu'appliquer au dépôt les principes qui régissent la preuve (n° 92).

§ II. *Des obligations du dépositaire.*

N° 1. DE LA GARDE.

Sommaire.

91. « Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent » (art. 1927). C'est une dérogation au droit

commun, d'après lequel tout débiteur doit exécuter ses obligations avec les soins d'un bon père de famille, et est tenu de ce que l'on appelle la faute légère *in abstracto* (1); tandis que le dépositaire est tenu seulement des soins qu'il apporte à ses propres affaires, c'est-à-dire de la faute légère *in concreto*. La raison en est que le dépositaire rend un service gratuit; tout ce que le déposant peut exiger, c'est que le dépositaire veille aux choses déposées comme sur les siennes (n° 95).

L'article 1928 contient des exceptions à cette règle; il porte que la responsabilité du dépositaire sera plus rigoureuse :

1° S'il s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt. S'offrir pour garder la chose, c'est promettre qu'on la gardera avec soin; sinon on ne doit pas faire l'offre d'un service qui causerait un préjudice au déposant.

2° S'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt. Dans ce cas, le contrat n'est plus un dépôt, c'est un louage; or celui qui loue ses services est tenu de la faute commune, c'est-à-dire qu'il doit remplir ses obligations avec les soins d'un bon père de famille.

3° Si le dépôt est fait dans l'intérêt du dépositaire. On ne peut plus dire alors que le dépositaire rend un service gratuit; il se trouve dans la situation de tout débiteur, il doit donc être soumis à la responsabilité commune.

4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. Les parties contractantes sont libres d'augmenter ou de diminuer la responsabilité qui de droit commun pèse sur le débiteur.

De quelle faute le dépositaire est-il tenu dans les cas prévus par l'article 1928? La loi ne la précise point. Dans la théorie du code civil, les fautes ne sont pas tarifées, comme les anciens interprètes avaient essayé de le faire; le législateur se borne à poser des principes, en termes assez vagues, et s'en rapporte au juge pour l'application (n° 99). Toutefois la loi met une limite à la rigueur des principes; même dans les cas où elle dispose que le dépositaire sera tenu plus rigoureusement, elle ne veut pas qu'il réponde des cas de force majeure (art. 1929). C'est le droit commun (art. 1148). Le dépositaire est débiteur d'un corps certain,

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 399, nos 454 et 455..

partant il est libéré par le cas fortuit (art. 1302) (1), à moins qu'il ne soit en demeure. C'est encore le droit commun; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (2) (nº 100).

92. « Le dépositaire ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant » (art. 1930). Les choses lui ont été confiées pour qu'il les garde, et non pour qu'il s'en serve; et il ne peut se servir de choses appartenant à autrui, sans le consentement du propriétaire.

La loi se contente d'un consentement *présumé;* cela est contraire aux principes. En effet, le consentement ne se présume jamais; il peut être tacite, mais alors il faut un fait qui implique nécessairement la volonté de consentir; or les présomptions ne sont pas des faits (nº 102).

93. La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt l'oblige à ne pas chercher à connaître les choses qui lui ont été données en dépôt, lorsque celui qui les lui a confiées a voulu les tenir cachées. C'est en ces termes que Pothier pose le principe dont l'article 1931 contient une application : « Le dépositaire ne doit pas chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée. » C'est un exemple; il va sans dire que la règle s'applique à tous les cas où le dépôt implique un secret (nº 104).

Nº 2. DE LA RESTITUTION DU DÉPOT.

Sommaire.

94. Qu'est-ce que le dépositaire doit restituer?
95. A qui la restitution doit-elle être faite?
96. *Quid* si le déposant a changé d'état lorsque la restitution doit se faire?
97. *Quid* en cas de mort du déposant?
98. *Quid* si le dépositaire apprend que la chose déposée a été volée?
99. Quand la restitution doit-elle être faite?
100. Dans quel lieu la restitution doit-elle se faire?
101. Le dépositaire infidèle n'est pas admis au bénéfice de cession.
102. Quand cessent les obligations du dépositaire?

94. « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue » (art. 1932). Il n'y a pas de choses fongibles en

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 84, nº 138.
(2) Voyez le t. II de ce cours, p. 406, nº 564.

matière de dépôt ; cela résulte de l'intention des parties contractantes. L'article 1932 applique le principe au dépôt d'une somme d'argent : le dépositaire doit rendre les mêmes espèces, soit qu'il y ait augmentation ou diminution de valeur. Il serait plus exact de dire que le dépositaire doit rendre les espèces monnayées qu'il a reçues ; si la loi ne l'oblige pas à la restitution identique, c'est que le déposant n'y a aucun intérêt, mais au point de vue des principes, il faut maintenir la règle que le dépositaire doit restituer ce qu'il a reçu, sans pouvoir y toucher (n° 106).

95. « Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée » (art. 1937). C'est l'application du principe que les contrats forment la loi des parties et qu'ils n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. L'article 1937 ajoute : « ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait ». Cela suppose que le dépôt a été fait par un mandataire ; c'est le mandant, dans ce cas, qui est le vrai déposant, puisque c'est lui qui contracte par l'intermédiaire du mandataire. L'article 1937 prévoit encore le cas où un tiers aurait été indiqué pour recevoir la chose ; c'est alors à ce tiers que la chose doit être remise. Si c'est dans l'intérêt du déposant que le contrat a indiqué le tiers, il peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur, et exiger lui-même la restitution du dépôt. Il est vrai que les clauses du contrat ne peuvent être modifiées par l'une des parties sans le concours de l'autre ; mais ce principe ne reçoit pas d'application au dépôt, car il est de l'essence de ce contrat, que la restitution de la chose doit se faire dès que le déposant la demande. On rentrerait sous l'empire de la règle si le tiers avait été indiqué dans son intérêt, ou dans l'intérêt du dépositaire (n°s 113 et 114).

96. La restitution ne peut pas toujours être faite au déposant. Si celui-ci a changé d'état, c'est-à-dire, si, étant capable lors du dépôt, il est incapable au moment où la restitution doit se faire, le dépositaire ne peut plus lui rendre la chose déposée, car le débiteur ne peut payer entre les mains d'une personne incapable ; la restitution doit se faire, dans ce cas, à l'administrateur légal, qui a pouvoir de recevoir au nom de l'incapable. L'article 1940 pose la règle et en donne des applications. Si la femme, libre au moment du dépôt, s'est mariée depuis, la chose doit être restituée au mari qui a l'administration des biens de la femme ; la

loi suppose que la femme est mariée sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, lesquels sont les régimes du droit commun de la France. Si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction au moment où le dépôt doit être restitué, le dépositaire ne pourra rendre la chose qu'au tuteur, qui représente l'interdit (n° 116).

L'hypothèse inverse peut se présenter : le dépôt a été fait par un tuteur. Si la tutelle a cessé, la restitution devra se faire au majeur ou à la personne dont l'interdiction est levée (art. 1941). De même le dépôt fait par le mari, administrateur légal, doit être restitué à la femme, si celle-ci a recouvré l'administration de ses biens.

97. « En cas de mort de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier » (art. 1939). La loi suppose que, du vivant du déposant, la chose aurait pu et dû être restituée à une autre personne, c'est-à-dire à un tiers indiqué pour la recevoir. Si le déposant vient à mourir, le dépôt ne peut plus être restitué au tiers. La raison en est que le tiers est un mandataire, et le mandat cesse par la mort du mandant (art. 2003). Cela est aussi fondé en raison. A la mort du déposant, la propriété de la chose déposée passe à son héritier ; dès lors c'est à l'héritier que la chose doit être restituée (n° 117).

S'il y a plusieurs héritiers, le droit à la chose déposée se divise entre eux, et, par suite, elle doit être rendue à chacun d'eux pour sa part et portion. Si ce partage est impossible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour recevoir la chose entière. C'est ce que l'article 1939 appelle une chose indivisible, en prenant le mot dans son sens vulgaire ; la dette est légalement divisible, puisqu'il s'agit de la restitution de corps certains et déterminés, mais les choses ne peuvent pas, on le suppose, se diviser par parts matérielles : tel serait un tableau (n° 119).

98. L'obligation de restitution reçoit une modification quand le dépositaire découvre que la chose a été volée et quel en est le véritable propriétaire. Dans ce cas, il doit dénoncer le dépôt au propriétaire et le sommer de le réclamer dans un délai qu'il détermine, et qui doit être suffisant pour que le propriétaire puisse faire sa réclamation. Si le propriétaire revendique sa chose comme chose volée, le dépositaire mettra le déposant en cause, et le juge déterminera à qui la restitution sera faite. Si le propriétaire

néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire sera valablement déchargé par la remise qu'il en fera au déposant (art. 1938).

99. Quand la restitution doit-elle être faite? « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution » (art. 1944). Il y a toujours un délai, exprès ou tacite, pendant lequel le dépositaire s'oblige à garder la chose, mais le déposant n'est pas lié par le terme, puisqu'il est stipulé uniquement en sa faveur. Dire que le dépositaire restituera la chose après un mois, c'est dire qu'il doit la garder pendant ce temps; mais ce qui est une obligation pour lui est une faculté pour le déposant, droit dont il peut ne pas user; il est toujours libre de réclamer sa chose (n° 121).

Il y a exception, dans le cas où il existe entre les mains du dépositaire une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution de la chose déposée. Tout créancier peut saisir entre les mains d'un tiers, donc aussi du dépositaire, les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise (C. de pr., art. 557). Le tiers entre les mains duquel la saisie est pratiquée ne peut plus faire de payement au préjudice des créanciers saisissants (art. 1242); donc il ne peut plus faire la restitution de la chose déposée.

100. Dans quel lieu la restitution doit-elle se faire? « Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant » (art. 1942). Le dépositaire ne s'étant chargé du dépôt que pour faire plaisir au déposant, la justice ne permet pas qu'il supporte aucuns frais; c'est l'application du vieil adage : *Officium suum nemini debet esse damnosum* (n° 123).

« Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt » (art. 1943). Le lieu du dépôt est celui où se trouve la chose déposée, quand même ce lieu serait plus éloigné que celui où la chose a été remise au dépositaire. C'est l'explication de Pothier; elle est conforme à l'intention des parties contractantes (n° 124).

101. « Le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession » (art. 1945). L'infidélité implique le dol, la mauvaise foi; voilà pourquoi le dépositaire infidèle ne peut pas faire la cession de biens, ce bénéfice n'étant accordé qu'au débiteur mal-

heureux et de bonne foi (art. 1268). Le dépositaire qui use de la chose confiée à sa garde est infidèle; dans l'ancien droit, on le considérait même comme voleur. A plus forte raison celui qui nie le dépôt est-il dépositaire infidèle (nº 125).

102. Les obligations du dépositaire cessent s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est propriétaire de la chose déposée (art. 1946). Dans ce cas, il n'y a plus de dépôt; donc il ne peut être question d'une obligation de restituer (nº 126).

§ III. *Des obligations du déposant.*

Sommaire.

103. Des cas dans lesquels le dépositaire acquiert un droit contre le déposant.
104. Le dépositaire jouit, dans ces cas, du droit de rétention.

103. Le déposant n'a pas d'obligations en vertu du contrat, le dépositaire seul est obligé. Mais il se peut que, par accident, le dépositaire acquière des droits contre le déposant. L'article 1947 les énumère.

D'abord quand il fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée. En conservant la chose, il rend service au déposant; celui-ci lui en doit compte, sinon il s'enrichirait sans cause aux dépens du dépositaire. Cela implique qu'il s'agit de dépenses nécessaires, sans lesquelles la chose eût péri. On doit supposer que le déposant tient à conserver la chose, sinon il ne l'aurait pas donnée en dépôt (nº 128).

Le déposant est encore tenu d'indemniser le dépositaire de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées. Tels seraient les vices cachés dont la chose déposée est infectée, s'ils se communiquent par la contagion aux choses du dépositaire. Peu importe que le déposant les ignore, la loi n'exige pas qu'il y ait mauvaise foi, et l'équité est pour le dépositaire (nº 130).

104. « Le dépositaire peut retenir la chose jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt » (art. 1948). C'est le droit de rétention que la loi accorde parfois au créancier qui est détenteur de la chose, comme garantie des droits qu'il a contre le débiteur.

SECTION II. — Du dépôt nécessaire.

§ I. *Principes généraux.*

Sommaire.

105. « Le dépôt nécessaire est celui qui a été *forcé* par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu » (art. 1949). Il est *forcé* en ce sens que c'est un événement de force majeure qui oblige le déposant à faire le dépôt pour sauver la chose; de plus, le déposant n'a pas le choix du dépositaire, parce qu'il n'a pas le temps de choisir; il est obligé de remettre la chose au premier venu qui veut s'en charger. Quoique forcé, le dépôt nécessaire est un contrat qui exige le concours de consentement de celui qui donne la chose en dépôt et de celui qui la reçoit. L'opinion contraire, énoncée dans l'Exposé des motifs, est une erreur certaine (n° 132).

Pour qu'il y ait dépôt nécessaire, il faut qu'il ait été forcé par quelque accident. S'il n'y a pas de force majeure, le déposant reste libre de déposer et de choisir le dépositaire. Il faut ensuite que le dépôt ait eu pour objet de sauver la chose. Le code énumère les cas habituels de force majeure, puis il ajoute : ou autre événement imprévu : telles seraient la guerre civile ou la guerre d'invasion, si la guerre a nécessité le dépôt (nos 133 et 134).

106. Le dépôt nécessaire est régi par les règles du dépôt ordinaire (art. 1951). L'article 1950 semble déroger au droit commun, en disposant que la preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs. Cette disposition est, en réalité, une application du droit commun. Aux termes de l'article 1348, la preuve par témoins est indéfiniment admissible, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale (n° 135), ce qui arrive dans les cas de force majeure prévus par l'article 1949.

§ II. *Du dépôt fait dans une auberge ou hôtellerie et de la responsabilité des aubergistes et hôteliers.*

Sommaire.

107. En quel sens ce dépôt est un dépôt nécessaire. Motif de la responsabilité exceptionnelle de l'aubergiste.
108. Les juges jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour l'admission de la preuve testimoniale.
109. Quand les aubergistes sont-ils responsables ?

107. L'article 1952 porte : « Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire. » Cette disposition contient deux règles qu'il ne faut pas confondre. D'abord elle assimile à un dépôt nécessaire le dépôt fait par les voyageurs dans une auberge ou un hôtel; l'assimilation n'a d'autre conséquence que de rendre applicable à ce dépôt la règle concernant la preuve testimoniale; c'est ce qu'avait déjà dit l'article 1348, nº 2.

La loi déclare ensuite les aubergistes et hôteliers responsables, *comme dépositaires,* des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux. Cette assimilation n'est pas exacte. Le dépôt est un contrat de bienfaisance, fait uniquement dans l'intérêt du déposant, et, pour ce motif, le dépositaire n'est tenu que de la faute légère *in concreto* (1). Il n'en est pas de même du dépôt d'auberge, qui se fait en considération du profit que l'aubergiste retire des voyageurs qu'il loge dans son auberge; il suit de là que la responsabilité de l'aubergiste, en ce qui concerne la faute, n'est pas celle du dépositaire, c'est celle du droit commun (art. 1137); il est tenu de veiller aux effets du voyageur avec les soins d'un bon père de famille.

La responsabilité de l'aubergiste diffère encore, sous un autre rapport, de celle du dépositaire. Celui-ci ne répond pas des cas fortuits, tandis que l'aubergiste répond du vol ou du dommage des effets du voyageur, alors même que le vol a été fait ou que

(1) Voyez, ci-dessus, nº 91.

le dommage a été causé par des voyageurs ou par des personnes qui se sont furtivement introduites dans l'hôtel; sa responsabilité ne cesse que si le fait dommageable a été commis avec force armée ou autre force majeure (art. 1953 et 1954). C'est dire que régulièrement l'aubergiste répond du dommage sans qu'il puisse s'excuser d'avoir gardé les choses avec les soins d'un bon père de famille (nº 137).

Quel est le motif de cette responsabilité exceptionnelle? Les jurisconsultes romains donnent comme raison que le voyageur qui descend dans une auberge est dans l'impossibilité de prendre des renseignements sur la moralité de celui chez qui il est obligé de se loger; il doit nécessairement s'en remettre à sa bonne foi; en confiant à sa garde les objets qu'il transporte avec lui. Le rapporteur du Tribunat ajoute que l'aubergiste s'offre à la confiance du public ; il promet aux voyageurs qu'ils trouveront chez lui une entière sécurité pour leur personne et leurs effets. Cette sécurité multiplie les voyages et ce sont les aubergistes qui en profitent (nº 138).

108. La responsabilité des aubergistes est très-sévère, et elle devient dangereuse par l'admission illimitée de la preuve testimoniale. Mais elle est modérée par le droit qu'ont les tribunaux de refuser la preuve par témoins. L'ordonnance de 1667 leur donnait formellement ce pouvoir ; elle portait que le juge pourrait ordonner la preuve par témoins, *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait*. Le code n'est pas aussi explicite; l'article 1348 dit que la prohibition de la preuve testimoniale souffre exception, ce qui semble dire que cette preuve est de droit; toutefois la loi reproduit les expressions de l'ordonnance; *le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait*. Et le rapporteur du Tribunat dit que les auteurs du code ont entendu maintenir la règle traditionnelle. Le pouvoir discrétionnaire donné au juge était une nécessité, si l'on voulait prévenir les abus d'une coalition de filous, comme le dit Pothier (nº 139).

109. Il n'en est plus de même quand il s'agit de l'étendue de la responsabilité. Aux termes de l'article 1953, « les aubergistes sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers

allant et venant dans l'hôtellerie ». Quand le vol ou le dommage est le fait des domestiques et préposés de l'hôtelier, celui-ci en répond en vertu de l'article 1384, qui déclare les maîtres et commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Nous avons dit ailleurs les motifs de cette responsabilité rigoureuse (1); les aubergistes sont en faute par cela seul qu'ils choisissent des domestiques ou préposés malhonnêtes, et d'un autre côté, les voyageurs doivent compter non-seulement sur la probité de l'hôtelier, mais aussi sur celle de ses domestiques et préposés, puisque c'est avec eux surtout qu'ils sont en rapport.

L'aubergiste est encore responsable quand le vol a été commis ou le dommage causé par des *étrangers* allant et venant dans l'hôtellerie. On entend par *étrangers* les voyageurs et tous ceux qui circulent dans l'hôtel, même les voleurs qui s'y introduisent; l'aubergiste doit exercer sa surveillance sur toutes les personnes qui sont dans son établissement (n° 141).

L'article 1954 ajoute : « Les hôteliers ou aubergistes ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure. » C'est une exception à la règle établie par l'article 1953. Il en résulte que l'aubergiste répond toujours du vol et du dommage, à moins qu'il ne se trouve dans le cas de l'exception prévue par la loi; il répond donc du vol commis par effraction. L'exception est limitée aux cas de force majeure; la loi en cite un, le vol à force armée; tel serait encore un pillage dans une émeute, ou un pillage commis par une armée ennemie dans une guerre d'invasion (n° 142).

Les aubergistes sont responsables des *effets* apportés par le voyageur. On entend par là les effets que le voyageur transporte avec lui, soit sur sa personne, soit dans les malles qu'il a avec lui, et même les marchandises qui ne sont pas de nature à être enfermées dans un coffre, et par suite les voitures et chevaux qui servent à transporter le voyageur et ses effets. Le mot *effets* comprend aussi les valeurs que le voyageur transporte avec lui, soit en espèces, soit en billets de banque; l'aubergiste en répond, quelle que soit leur valeur. En effet le texte n'apporte aucune

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 218, n° 369.

limitation, aucune condition à la responsabilité de l'hôtelier; il est responsable dès qu'il s'agit d'effets du voyageur transportés dans l'hôtel (nos 155 et 156). Cette responsabilité rigoureuse ne pourrait être modérée que s'il y avait une faute à reprocher au voyageur; c'est le droit commun en matière de délits et de quasi-délits (1) (nos 144 et 158).

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

Sommaire.

110. « Le séquestre, dit Pothier, est une espèce de dépôt que deux ou plusieurs personnes, qui ont une contestation sur une chose, font de la chose contentieuse à un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à celle d'entre elles à qui il sera décidé qu'elle doit être rendue. »

Le séquestre est ou conventionnel ou judiciaire (art. 1955). Il y a cette différence entre les deux dépôts que le séquestre judiciaire est ordonné par le juge, tandis que le séquestre conventionnel se fait du consentement des parties sans intervention de la justice (n° 164).

§ I. *Du séquestre conventionnel.*

Sommaire.

111. « Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par *une* ou plusieurs personnes d'une chose contentieuse entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée,

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 212, n° 359.

à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir » (art. 1956). La loi dit : *une* ou plusieurs personnes. C'est une faute de rédaction. Dans le séquestre, à la différence du dépôt ordinaire, il y a au moins *deux* déposants qui, ayant des intérêts contraires, sont des parties différentes, et qui sont chacun déposants pour le total d'une chose que chacun d'eux prétend leur appartenir pour le total (n° 163).

« Le séquestre peut n'être pas gratuit » (art. 1957); tandis que le dépôt proprement dit est essentiellement un contrat de bienfaisance (art. 1917). En disant que le séquestre conventionnel *peut* n'être pas gratuit, la loi décide implicitement que ce contrat est gratuit de sa nature; il faut dire plus, s'il n'est pas gratuit, le contrat cesse d'être un dépôt pour devenir un louage; on applique, dans ce cas, au séquestre conventionnel les principes qui régissent le louage, notamment en ce qui regarde la responsabilité du dépositaire (n° 166) (1).

112. « Lorsque le séquestre est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, sauf les différences signalées dans les articles 1959 et 1960 » (art. 1958). D'après l'article 1959, « le séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles ». Le séquestre d'un immeuble donne au dépositaire des droits et lui impose des obligations qui se concilient difficilement avec le contrat de dépôt. Le dépositaire doit seulement garder la chose, or les immeubles n'ont pas besoin d'être gardés. Quel est donc l'objet du séquestre d'un immeuble? Le dépositaire doit administrer, percevoir les fruits; il est, par conséquent, administrateur plutôt que dépositaire (n° 168).

L'article 1960 porte : « Le dépositaire chargé du séquestre ne peut être déchargé, avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ou pour une cause jugée légitime. » Il faut le consentement de toutes les parties intéressées, parce que le dépositaire ne s'oblige pas, comme dans le dépôt ordinaire, à rendre la chose à la première demande du déposant (art. 1944); il doit rendre la chose, après le jugement, à la partie qui obtiendra gain de cause. Il suit de là que, pendant

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 494, n°s 842 et 845, et comparez ci-dessus, n° 91.

le cours de l'instance, le dépositaire est obligé de conserver le dépôt, à moins que toutes les parties ne s'entendent pour l'en décharger (n° 169). Le dépositaire peut demander sa décharge plus tôt, pour une cause jugée légitime : tel serait un long voyage qu'il aurait à faire, ou une infirmité habituelle qui lui serait survenue : c'est une exception au droit commun, motivée sur la durée incertaine du procès. Le tribunal est juge de la légitimité de la cause que le dépositaire invoque (n° 170).

§ II. *Du séquestre ou dépôt judiciaire.*

Sommaire.

113. Le code paraît assimiler entièrement le *séquestre* judiciaire et le *dépôt* judiciaire. Il y a une différence entre ces deux actes. Ce qui caractérise le *séquestre*, c'est que la chose dont le tribunal ordonne le dépôt est contentieuse : tel est le cas prévu par l'article 1961, 2°. Le *dépôt* judiciaire ne suppose aucun litige. Tel est le dépôt des meubles saisis sur un débiteur (art. 1961, 1°); ces meubles ne sont pas litigieux, donc ce n'est pas un séquestre. Il en est de même des choses qu'un débiteur offre pour sa libération (art. 1961, 3°); ces choses ne sont pas litigieuses, car il n'est pas contesté qu'elles appartiennent au débiteur (n° 171).

N° 1. DU SÉQUESTRE JUDICIAIRE.

Sommaire.

114. Aux termes de l'article 1961, 2°, « la justice *peut* ordonner le séquestre d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ». Le séquestre est donc facultatif. Quand les tribunaux doivent-ils user de cette faculté? Il faut que le juge concilie les droits de la propriété avec les droits de celui qui la conteste. Le séquestre prive le propriétaire apparent, pour un temps indéter-

miné, de l'exercice de ses droits ; il cesse d'administrer sa chose, et d'en jouir comme il l'entend, et il doit, de plus, payer l'administrateur qu'on lui impose. Pour que le juge ait recours à cette mesure extrême, il faut qu'il y ait un danger pour l'une des parties dans la possession dont jouit la partie adverse (n° 173). La propriété d'un immeuble est contestée ; le possesseur commet des dégradations en coupant des bois de haute futaie. C'est le cas de prononcer le séquestre (n° 176). Mais il ne suffit pas que le séquestre soit utile ou même nécessaire pour que le tribunal puisse l'ordonner ; il faut avant tout que la propriété ou la possession soient litigieuses. Le juge n'a donc plus un pouvoir discrétionnaire, comme il l'avait sous l'ordonnance de 1667 ; les termes de la loi sont restrictifs, et à dessein ; le séquestre déroge aux droits du possesseur, cette dérogation doit être une rare exception, sinon elle porterait atteinte au droit de propriété (n° 177).

115. Qui peut être chargé du séquestre, et quelles sont les fonctions du dépositaire? L'article 1963 dit que le séquestre est donné soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues, soit à une personne nommée d'office par le juge ; le juge a le droit de la nommer d'office, sans que les parties aient été appelées à désigner un dépositaire (n° 181). A la différence du dépôt, le séquestre implique une administration ; voilà pourquoi il n'est pas gratuit de sa nature : le dépositaire a droit à un salaire proportionné à la gestion dont il est chargé (n° 182).

Le dépositaire judiciaire administre, mais il n'est qu'administrateur provisoire, et sa nomination est faite à titre de mesure conservatoire : tel est le principe. D'ordinaire, le tribunal décide ce qu'il a le droit de faire ; il ne doit pas dépasser les limites qui résultent de la nature de ce mandat. Dans le silence du jugement, le dépositaire doit se borner aux actes de conservation, sauf à référer aux parties intéressées s'il est nécessaire de faire un acte d'administration définitive, tel qu'un bail (n° 183).

116. Quand finit le séquestre judiciaire? Le dépositaire qui en est chargé doit administrer la chose litigieuse tant que le litige dure ; le jugement qui termine le litige met aussi fin au séquestre. Quand ses fonctions cessent, il doit rendre compte de sa gestion, notamment des fruits qu'il a perçus ; c'est l'obligation de tout administrateur (n° 185).

N° 2. DU DÉPOT JUDICIAIRE.

Sommaire.

117. D'après l'article 1961, 1°, la justice *peut* ordonner le séquestre des meubles saisis sur un débiteur. Ce dépôt n'est pas facultatif, comme la loi semble le dire. Dès que les meubles sont saisis, il doit y avoir un gardien, par la raison que le saisissant a intérêt à ce que les objets saisis ne soient pas détournés ni détériorés. C'est l'huissier qui constitue le gardien au nom de la justice (code de pr., art. 596 et 597). Comme son nom l'indique, le gardien n'a que la garde des effets saisis; la possession reste au débiteur. Le gardien diffère du dépositaire, dont les soins sont essentiellement gratuits, tandis que le dépôt judiciaire est salarié. Il doit représenter les effets saisis soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de maintien de la saisie (art. 1962) (n° 188).

118. La justice peut encore ordonner le dépôt (art. 1961, 3°) quand un débiteur offre des choses pour sa libération. Cela arrive quand la dette a pour objet un corps certain et déterminé, et que le contrat n'indique point le lieu où la chose doit être payée; le débiteur doit, en ce cas, s'adresser au juge, lequel accorde l'autorisation de déposer la chose entre les mains de la personne qu'il désigne (art. 1264). C'est un dépôt judiciaire : on applique donc l'article 1963 pour ce qui concerne les droits et obligations du dépositaire (n° 191).

TITRE XIII.

(TITRE XII DU CODE.)

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

Sommaire.

119. Le code contient deux définitions du contrat aléatoire. Celle de l'article 1104 semble exiger, pour que le contrat soit aléatoire, qu'il y ait chance de gain ou de perte *pour chacune des parties*, d'après un événement incertain; tandis que, d'après l'article 1964, le contrat est aléatoire lorsque les effets, quant aux avantages et aux pertes, dépendent d'un événement incertain *soit pour toutes les parties, soit pour l'une d'elles.* Les contrats aléatoires dont le code parle, le jeu et la rente viagère, rentrent dans la définition de l'article 1104. Il y a un contrat aléatoire dont le code ne traite point, l'assurance; on dit que l'assureur seul court un risque, et que l'assuré n'est exposé à aucune perte. A notre avis, il y a, pour l'assuré comme pour l'assureur, chance de gain et de perte. On conteste qu'il ait une chance de gain. A vrai dire, l'assuré gagne quand le sinistre éclate, car il reçoit une indemnité bien plus forte que la prime qu'il a payée; son gain est plus ou moins grand, selon que le sinistre arrive peu ou longtemps après le contrat; voilà une chance qu'il court. Donc le contrat d'assurancer entre aussi dans la définition de l'article 1104 (n° 191).

120. L'article 1964 énumère les contrats aléatoires : « Le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère. Les deux premiers sont régis par les lois maritimes. » Il y a aussi des assurances terrestres d'une variété infinie. Dans le silence du code, ce contrat reste sous

l'empire des principes généraux qui régissent les obligations conventionnelles (n° 193).

L'article 1964 range parmi les contrats aléatoires le jeu et le pari. On demande si ce sont des contrats civils, ou s'ils n'engendrent qu'une obligation naturelle. A notre avis, et c'est l'opinion générale, le jeu et le pari ne produisent que des obligations naturelles, sauf dans les cas où, par exception, la loi accorde une action pour les dettes de jeu. En ce sens, le jeu et le pari ne sont pas des contrats civils (n° 194).

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

§ I. *Principe.*

Sommaire.

121. La loi n'accorde aucune action pour le jeu et le pari.
122. Des jeux qui, par exception, donnent une action.
123. Le défendeur peut repousser la demande par l'exception de jeu; le juge doit l'opposer, au besoin, d'office.
124. Le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu dol.
125. Les dettes de jeu produisent-elles d'autres effets?

121. « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari » (art. 1965). Quand le jeu n'est qu'un délassement, il n'a rien d'illicite, mais il n'est pas du ressort de la loi; si elle consacre les contrats et les place sous la protection de la justice, la raison en est que les conventions sont nécessaires pour que l'homme puisse se procurer les choses sans lesquelles la vie physique, intellectuelle et morale serait impossible; à ce titre, le jeu ne méritait pas une place dans le code civil. Quand le jeu a une importance pécuniaire, il devient une passion qui absorbe le joueur et le détourne du travail. Or, le travail est la destinée de l'homme : il moralise en même temps qu'il enrichit. Si le législateur doit toute sa faveur au travail, il doit, par contre, réprouver le jeu qui donne la richesse par le

hasard, et expose le joueur à toutes les séductions du vice. Il en est de même du pari, qui n'est qu'une forme du jeu (n° 196).

122. La règle de l'article 1965 reçoit une exception pour « les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps » (art. 1966). Ce sont des exercices gymnastiques qui rendent les hommes aptes au service des armes, exercices que les Grecs aimaient avec passion, et qu'on néglige trop dans les temps modernes. L'exception est restrictive par sa nature; elle exclut donc les jeux intellectuels, tels que les échecs, et même les jeux corporels qui n'exercent pas le corps, tels que le billard (n° 198).

Les jeux exceptés par l'article 1966 donnent lieu à une action; mais la loi ajoute que « le tribunal peut rejeter la demande quand la somme lui paraît excessive ». Quand le gain est excessif, il est l'objet principal que les parties ont en vue, le jeu n'est plus que l'occasion; c'est dire qu'il devient illicite. Voilà pourquoi la loi permet au juge de *rejeter* la demande de celui qui a gagné; la loi ne dit pas que le juge peut la modérer. Dès que la somme est excessive, c'est une preuve que les parties ne sont pas dans l'exception; elles rentrent dans la règle qui refuse toute action aux joueurs, et partant la demande doit être rejetée (n° 199).

123. Du principe que la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu suit que, si le gagnant agit en justice, le défendeur peut le repousser par une exception péremptoire. S'il n'oppose pas l'exception, le juge doit le faire d'office. En effet, l'orateur du gouvernement, et les orateurs du Tribunat posent en principe que les dettes de jeu ou n'ont pas de cause, ou ont une cause illicite; la conséquence est qu'elles ne peuvent avoir aucun effet (art. 1131 et 1133); dès lors il est impossible que le juge fasse droit à la demande et qu'il condamne le perdant à payer ce qu'il ne doit pas. L'exception étant d'ordre public, le juge doit l'opposer d'office (n° 201).

124. « En aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé » (art. 1967). C'est l'application aux dettes de jeu du principe qui régit les obligations naturelles. En théorie, cette assimilation est très-contestable. Les dettes de jeu sont, à vrai dire, des obligations sur cause illicite, lesquelles n'excluent

pas la répétition de ce qui a été payé. L'intérêt public exigerait que le jeu ne profitât jamais au gagnant; lui permettre de garder ce que le perdant lui a donné, c'est indirectement encourager les joueurs et le jeu (n° 207).

Pour qu'il n'y ait pas lieu à répétition, il faut que le perdant ait payé *volontairement*. Quand y a-t-il payement volontaire? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1235 (1).

L'article 1967, après avoir dit que le perdant ne peut répéter, ajoute : « à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ». C'est l'application du droit commun. Le dol fait toujours exception, parce qu'il vicie le consentement et la volonté; il vicie donc tout fait juridique où la volonté intervient. Cela est aussi fondé en raison. Si le perdant paye, c'est par délicatesse, par point d'honneur, comme on dit; ce qui suppose que le jeu s'est passé honorablement; si le perdant avait su qu'il était victime d'un fripon, il n'aurait point payé; par suite, il doit avoir le droit de réclamer la restitution de ce qu'il a payé (n° 209).

125. Les dettes de jeu produisent-elles d'autres effets? Ce sont des dettes sur cause illicite, donc inexistantes, et, comme telles, elles n'ont aucun effet (art. 1131). C'est par exception que la loi valide le payement volontaire; hors ce cas, il faut appliquer le principe de l'article 1131 (n° 216). Il suit de là que les dettes de jeu ne peuvent être novées (n° 217). Elles ne peuvent être cautionnées ni garanties par un gage, car il ne saurait y avoir ni cautionnement ni nantissement sans dette (nos 218 et 219).

§ II. *Des marchés à terme et des jeux de Bourse.*

Sommaire.

126. Les marchés à terme sérieux sont valables; c'est un jeu quand les parties n'ont stipulé que sur des différences.

127. L'article 1965 s'applique t-il aux jeux de Bourse? Les agents de change, banquiers et autres mandataires ont-ils une action contre les perdants? L'article 1967 est-il applicable aux jeux de Bourse?

126. Les effets publics ainsi que les marchandises cotés à la Bourse ont une valeur variable. Quand ces choses font l'objet

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 373, n° 640.

d'une vente au comptant, la variation est indifférente; le prix est fixé au cours du jour. C'est une vente ordinaire. Il n'en est pas de même quand la vente est à terme; le cours du jour où la vente a lieu peut être inférieur ou supérieur au cours du jour où se fait la livraison; cette différence entre les deux cours forme une chance, favorable ou défavorable, selon que l'on est vendeur ou acheteur, et selon qu'il y a baisse ou hausse. Les marchés à terme ont donc un caractère aléatoire. Ce n'est pas à dire qu'ils soient illicites, car la loi sanctionne les contrats aléatoires, à l'exception du jeu. Or, par eux-mêmes, les marchés à terme ne sont pas un jeu, c'est une vente qui doit être suivie de livraison à l'échéance du terme pour le prix convenu, quand même le prix aurait varié dans l'intervalle entre le marché et son exécution. Toutefois, les marchés à terme peuvent cacher un jeu. Cela arrive quand les parties contractantes n'ont pas l'intention d'acheter ni de vendre; lors de l'échéance du terme, il ne se fait aucune livraison, il y a seulement lieu à régler les *différences* qui résultent de la variation des valeurs au profit de l'une ou de l'autre des parties. Quand le marché à terme déguise un jeu, il tombe sous l'application des lois qui réprouvent le jeu, en refusant toute action aux joueurs (n° 223).

Reste à savoir quand le marché est sérieux et quand il n'est qu'un jeu. Il est sérieux quand il constitue une vente réelle, c'est-à-dire s'il tend à la délivrance des titres ou des marchandises, et au payement du prix de la chose livrée; peu importe que le vendeur les ait possédés lors de la vente, ou qu'il n'en soit devenu possesseur qu'au temps de la livraison. Le marché n'est pas sérieux quand les parties empruntent la forme mensongère d'une vente à terme pour déguiser le jeu et ses spéculations désastreuses. Pour distinguer le jeu des opérations sérieuses, le juge doit apprécier les actes et les faits sans s'arrêter à la forme extérieure que les parties ont donnée à leurs actes, car trop souvent cettte apparence a pour objet de tromper la justice en faisant passer pour réels des ventes et des achats fictifs (n°s 223-230). L'une des parties ne veut pas plus vendre que l'autre ne veut acheter. Aussi n'y a-t-il pas d'exécution de la vente; le vendeur ne livre pas et l'acheteur ne paye pas. La spéculation porte uniquement sur la chance bonne ou mauvaise résultant de la varia-

tion des cours; les parties n'ont en vue que ces différences, et la convention se borne à les payer. C'est la partie qui a la chance contre elle qui paye, comme un joueur qui perd, tandis que l'autre partie gagne au jeu. Tout se résume donc en une spéculation sur des *différences :* c'est le mot technique (nos 223 et 230).

127. Quel est l'effet juridique des jeux de Bourse? Ils tombent sous l'application de l'article 1965. La loi dit en termes absolus qu'elle n'accorde aucune action pour une dette de jeu; cela s'applique à toute espèce de jeux, et notamment à ceux de Bourse. Le code pénal de 1810 a trouvé ces jeux si dangereux, si funestes pour la morale publique, qu'il a puni comme délits les jeux ou paris sur effets publics. Cette disposition n'a pas été reproduite dans notre code pénal, mais peu importe; au point de vue du droit civil, tous les jeux sont soumis à la même règle, aucun ne donne une action; s'il y avait lieu de faire une distinction, le législateur devrait montrer plus de sévérité pour des jeux qui offrent le plus d'appât aux mauvaises passions, et qui, par conséquent, sont les plus dangereux (n° 242).

On applique aussi aux jeux de Bourse le principe que les conventions qui ont le jeu pour objet sont sur cause illicite, et que, partant, elles ne donnent lieu à aucune action. De là suit que ceux qui servent d'intermédiaires aux joueurs, agents de change et banquiers, n'ont aucune action contre les perdants pour le recouvrement de leurs avances (n° 244). De même, les joueurs n'ont aucune action contre leurs mandataires : un contrat inexistant ne donne naissance à aucune action en faveur d'aucune des parties (n° 249).

Il suit du même principe que ces conventions ne peuvent être confirmées; on ne confirme pas le néant. On peut toujours invoquer l'inexistence des conventions de jeu; elles ne se valident par aucune prescription, et toute partie intéressée peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte (n° 250).

L'article 1967, qui refuse au perdant le droit de répéter ce qu'il a payé, est-il applicable aux dettes de Bourse? On admet l'affirmative, parce que la loi est générale, et qu'il n'est pas permis à l'interprète d'y introduire une distinction. Nous avons enseigné que la répétition est admise dans les obligations sur cause

illicite (1); si l'on admet cette opinion, il faut permettre aussi au perdant, dans les jeux de Bourse, le droit de répéter. C'est le seul moyen de donner une sanction à la réprobation dont la loi frappe les jeux de Bourse. Mais le texte de l'article 1967 s'oppose à cette interprétation. Il est conçu en termes généraux, de même que l'article 1965 : il s'applique, par conséquent, à tout jeu. Et en réalité, il n'y a pas de différence essentielle entre les jeux ordinaires et les jeux de Bourse ; tous sont réprouvés par un motif d'ordre public : pour être conséquent, le législateur aurait dû rejeter la répétition dans toute convention ayant le jeu pour objet (n°s 251 et 252).

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

§ I. *Des conditions requises pour la validité du contrat.*

Sommaire.

128. Qu'est-ce que la rente viagère? Quelle est la nature du contrat qui crée la rente?
129. La constitution de rente est-elle soumise à des conditions de forme?
130. Sur la tête de qui la rente peut-elle être constituée?
131. S'il n'y a pas de tête sur laquelle la rente soit constituée, il n'y a pas de contrat Conséquences qui résultent du principe.
132. A quel taux la rente viagère peut-elle être constituée?

128. On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger ; dans ce cas, le prêt prend le nom de constitution de rente. Quand la rente ne doit être payée que pendant la vie du crédirentier ou d'un tiers, sur la tête de qui elle est constituée, on l'appelle *rente viagère* (art. 1909 et 1910). Le code traite des rentes viagères au titre des *Contrat aléatoires ;* il suppose que la rente est constituée à titre onéreux ; elle peut aussi l'être à titre gratuit ; dans ce cas, on applique les principes qui régissent les libéralités (art. 1970).

Quelle est la nature du contrat qui crée la rente viagère, constituée à titre onéreux? Il faut distinguer. L'article 1968 porte

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 389, n° 542.

que la rente peut être établie moyennant une somme d'argent ou pour une chose mobilière ou immobilière. Dans ce dernier cas, le contrat est une vente : la rente est le prix, et l'immeuble ou le meuble est l'objet vendu. On applique par conséquent les principes qui régissent la vente. Ces principes reçoivent cependant une modification importante, c'est que l'action en résolution pour défaut de payement de la rente n'est pas admise (art. 1978) ; nous reviendrons sur cette exception.

Dans l'ancien droit, on considérait aussi comme une vente la constitution de rente moyennant une somme d'argent : c'était une fiction imaginée pour tirer un intérêt des capitaux, sous le nom d'arrérages, intérêt que les préjugés catholiques ne permettaient pas de stipuler dans un simple prêt. Le code a rejeté la fiction devenue inutile, puisqu'il admet le prêt à intérêt ; or, la constitution de rente viagère, moyennant une somme d'argent, est un prêt (art. 1909 et 1910). Toutefois, il y a une différence essentielle entre le prêt à intérêt et la rente viagère : dans la constitution de rente, le crédirentier s'interdit d'exiger le capital, il n'a droit qu'à des arrérages, tandis que le prêteur est créancier d'un capital. Le prêt, sous forme de rente viagère, est un prêt à fonds perdu ; le droit du créancier aux arrérages s'éteint à la mort de celui sur la tête duquel la rente est constituée ; le taux des arrérages est calculé de façon que le crédirentier reçoive tout ensemble les intérêts et son capital, sous forme d'arrérages. Il n'en faut pas conclure que les arrérages forment le capital dû au crédirentier ; le code assimile les arrérages aux fruits civils ; ils sont le produit du droit à la rente, de même que les intérêts sont le produit du capital (art. 584, 610, 1401 et 2277) (n°s 260 et 261).

129. Y a-t-il une condition de forme requise pour la validité du contrat de rente? Il faut distinguer. Si la rente est constituée à titre gratuit, elle doit l'être, soit par donation entre-vifs, soit par testament : dans l'un et l'autre cas, dit l'article 1969, elle doit être revêtue des formes prescrites par la loi. Ces formes sont requises pour l'existence même de la libéralité ; si elles ne sont pas observées, il n'y aura pas de rente. Nous renvoyons au titre des *Donations et Testaments* (1).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 214, n°s 256-261, et p. 240, n° 301.

Quand la rente est constituée à titre onéreux, la constitution est ou un prêt ou une vente, c'est-à-dire un contrat non solennel; si les parties dressent un écrit, c'est pour se procurer une preuve littérale, et cette preuve est régie par le droit commun. Nous renvoyons aux titres qui sont le siége de la matière (n° 265).

Ces principes reçoivent une exception dans le cas prévu par l'article 1973 qui porte : « La rente peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne. Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations, sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'article 1970. » C'est l'application de l'article 1121 concernant les stipulations faites pour un tiers. On peut, par exception, stipuler pour un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. En vendant mon fonds, je puis stipuler que l'acheteur, outre le prix, payera une rente viagère à mon domestique. Je puis encore, en donnant mon fonds, imposer au donataire la charge de servir une rente viagère. Ce n'est pas une donation quant à la forme; mais c'est une libéralité quant au fond (n°s 265 et 266).

130. Sur la tête de qui la rente peut-elle être constituée? La rente viagère peut d'abord être constituée sur la tête de celui qui en fournit le prix et qui en jouit (art. 1971). C'est la règle à peu près universelle. La rente a pour objet de pourvoir aux besoins de celui qui l'acquiert; il est donc naturel qu'elle soit établie pour la durée de sa vie, c'est-à-dire qu'elle soit constituée sur sa tête.

La rente viagère peut aussi être constituée sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir, et qui partant est étranger au contrat, et l'ignore même (art. 1971). Dans ce cas, la rente s'éteindra avec la mort du tiers; s'il meurt avant le crédirentier, celui-ci perdra son droit à la rente; s'il meurt après lui, les héritiers du crédirentier jouiront de la rente. Cette double éventualité n'est guère en harmonie avec la nature de la rente viagère, puisque la rente est stipulée au profit exclusif de celui qui en doit jouir. Voici la raison que l'on donne généralement de cette singulière clause. Le crédirentier doit produire, aussi souvent qu'il touche les arrérages, un certificat de vie; il est dispensé de cette

obligation quand il place la rente sur la tête d'un personnage historique, tel qu'un souverain. C'est un bien mince avantage, et que le crédirentier payera très-cher, car il choisira naturellement un souverain plus jeune que lui, ce qui diminuera le taux des arrérages (nos 268 et 269).

La rente peut être constituée sur une ou plusieurs têtes (art. 1972). Telle est la rente établie sur la tête de deux époux, par le mari, moyennant des effets de la communauté. La clause de réversibilité donne lieu à des difficultés que nous avons examinées dans notre *Traité des Principes de droit civil* (nos 272-275).

131. L'indication des têtes sur lesquelles la rente est constituée forme un élément essentiel du contrat de rente viagère, puisque la chance qui rend le contrat aléatoire dépend des têtes sur lesquelles la rente est créée. Les articles 1974 et 1975 consacrent des conséquences de ce principe.

« Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat *ne produit aucun effet.* » Ce sont les expressions de l'article 1131, dont l'article 1974 est une application. L'obligation sans cause n'a aucune existence aux yeux de la loi; or, le contrat de rente viagère est sans cause lorsque la personne sur la tête de laquelle la rente était créée était morte au jour du contrat; en effet, le crédirentier ne s'oblige à payer le capital de la rente qu'à charge par le débiteur de payer la rente, et, dans l'espèce, le débiteur ne serait pas obligé de payer la rente, puisque la personne sur la tête de laquelle elle est créée n'existait plus lors du contrat; l'obligation du crédirentier de payer le capital n'a donc jamais existé, faute de cause, partant il n'y a pas de contrat (n° 277).

« Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat » (art. 1975). Dans ce cas, le contrat est également inexistant. D'après la rigueur des principes, il faudrait dire que le contrat existe, mais il est nul pour erreur sur une qualité substantielle, la rente ayant été créée sur la tête d'un mourant. C'était l'opinion de Pothier; le code ne l'a pas admise, et sa décision se justifie au point de vue de l'équité. Qu'importe que la rente soit constituée sur la tête d'une personne morte ou mourante? Si sa mort est certaine, c'est

pour le créancier comme si elle était morte, puisqu'il ne jouira pas de la rente, donc le contrat ne doit pas avoir d'effet (n° 280).

132. « La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer » (art. 1976). Cette disposition était inutile, dans le système du code civil, qui permet le prêt à intérêt, sans limitation aucune; à plus forte raison, le taux des arrérages d'une rente viagère doit-il être abandonné à la libre appréciation des parties contractantes, car les arrérages ne sont pas des intérêts, ils se composent d'une partie du capital, dont le fond est perdu; le créancier le reçoit sous forme d'arrérages, augmentés des intérêts.

Le taux des arrérages est calculé d'après les chances de vie et de mort; c'est ce qui rend le contrat aléatoire : on suppose que le taux est fixé de manière qu'il y ait pour chacune des parties chance de gain et de perte (n°s 289 et 290).

§ II. *Des effets du contrat.*

Sommaire.

133. « Le crédirentier est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente » (art. 1979). C'est une conséquence du caractère aléatoire de la convention. Quand la vie des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée se prolonge au delà des probabilités que le débirentier a eues en vue, la chance tourne contre lui, comme elle aurait tourné en sa faveur si ces personnes étaient mortes plus tôt. Les conventions sont irrévocables; dans les contrats aléatoires, chacune des parties doit subir les chances mauvaises, comme elle profite des bonnes.

Il suit de là que la rente viagère n'est pas rachetable : l'article 1979 porte que le débirentier ne peut se libérer du payement de la rente en offrant de rembourser le capital et en renonçant

à la répétition des arrérages payés. Il n'y a pas lieu au rachat, parce que la rente s'éteint, en vertu du contrat, par la mort du crédirentier. Quand même le débirentier aurait intérêt à rompre le contrat, il ne le peut; l'intérêt ne lui donne aucun droit, et l'équité même s'y oppose; les parties doivent subir les mauvaises chances, comme elles profitent des bonnes (n° 292).

134. Les arrérages sont des fruits civils qui s'acquièrent jour par jour jusqu'à ce que le crédirentier vienne à mourir. C'est en ce sens que l'article 1980 dit que la rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu. Il se peut toutefois que des arrérages soient payés pour des jours que le crédirentier n'a point vécu : « S'il a été convenu que la rente serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé est acquis du jour où le payement a dû en être fait. » Cette disposition est contraire à la rigueur des principes, puisque le créancier touche une rente qui ne lui est pas due. Le législateur valide la clause, parce que telle est la volonté des parties contractantes et qu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs (n° 295).

Le crédirentier ne peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée (art. 1983). C'est l'application du principe de l'article 1315. Le demandeur doit prouver le fondement de son droit; or, le crédirentier n'a de droit que si la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée vit encore; il doit donc prouver qu'elle vit. Comment se fait la preuve? D'après le droit commun, puisque le code n'y déroge point. Le législateur l'a facilitée en permettant au crédirentier de demander un certificat de vie à l'autorité communale ou au président du tribunal, d'après les distinctions établies par la loi du 6 mars 1791 (n° 296).

135. La rente viagère forme une propriété au profit de celui qui y a droit; c'est le terme dont le code se sert pour désigner le crédirentier (art. 1980, 1982 et 1983). Cette propriété est régie par le droit commun; le crédirentier peut donc la céder, et ses créanciers peuvent la saisir, en ce sens que le droit même à la rente, donc les arrérages non échus peuvent être saisis et cédés (n° 297).

La rente peut-elle être stipulée insaisissable? Non, si elle est

établie à titre onéreux; oui, si elle est constituée à titre gratuit (art. 1981). Personne ne peut s'interdire à soi-même la faculté de contracter des dettes, ni enlever à ses créanciers la faculté de s'en faire payer sur ses biens. Mais le donateur est libre de déclarer la rente insaisissable; il ne porte aucun préjudice aux créanciers du donataire, puisqu'ils n'ont jamais eu de droit sur les biens qui ont servi à constituer la rente (nº 298).

Le code de procédure a modifié l'article 1981, en ce sens qu'il déclare insaisissables de *plein droit* les sommes et pensions pour aliments (art. 581). C'est leur destination qui les met à l'abri de la saisie des créanciers : telle est l'intention du testateur ou du donateur, sans qu'il ait besoin de l'exprimer autrement qu'en disant qu'il donne ou lègue pour aliments.

La rente viagère peut-elle être stipulée incessible? Non, à notre avis. Déclarer une rente incessible, c'est enlever au crédirentier un droit qu'il tient de sa qualité de propriétaire; or, la loi investit le propriétaire du pouvoir absolu de disposer de ce qui lui appartient; ce pouvoir tient à l'intérêt général, puisque la propriété est la base de notre ordre civil; on ne peut la dépouiller de son attribut essentiel, sans une loi qui le permette (nº 301).

§ III. *Extinction de la rente.*

Sommaire.

136. La rente s'éteint par la mort du crédirentier.
137. Le droit à la rente se prescrit-il?
138. Le crédirentier peut demander la résiliation du contrat si le constituant ne fournit pas les sûretes stipulées pour son exécution.
139. Le défaut de payement des arrérages n'autorise pas la résolution du contrat.

136. L'article 1982 porte : « La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire; le payement doit en être continué pendant sa vie naturelle. » Cette disposition vient à tomber par suite de l'abolition de la mort civile en Belgique et en France. Le code ne dit pas que la rente viagère s'éteint par la mort naturelle; l'article 1982 le suppose. Il était, du reste, inutile de le dire, puisque le mot même qui désigne la rente le dit (nº 304).

137. Le droit à la rente se prescrit-il? A notre avis, l'affirmative est évidente. Tout droit est prescriptible, donc aussi le droit

à la rente. L'article 2262 pose une règle générale, et peut-il y avoir une exception sans texte? Il suffit de poser la question pour la résoudre (n° 306).

L'article 2277 établit une prescription spéciale de cinq ans pour les arrérages des rentes; nous y reviendrons.

138. « Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution » (art. 1977). Les sûretés stipulées dans le contrat sont la condition sous laquelle le crédirentier a traité; il n'a contracté qu'à raison des garanties que le débiteur lui a promises, il est donc juste qu'il puisse demander la résiliation du contrat, si le débiteur ne les fournit pas. En apparence, cette disposition est l'application de la condition résolutoire tacite, qui est sous-entendue dans les contrats bilatéraux. En réalité, l'article 1184 n'est pas applicable à la constitution de rente moyennant un capital, puisque ce contrat est unilatéral, et la loi n'applique pas la condition résolutoire en matière de rente viagère, puisque l'article 1978 dispose que le défaut de payement des arrérages n'autorise pas le crédirentier à demander la résolution du contrat. Il y a donc, en matière de rente viagère, une théorie spéciale qui, loin d'être l'application de l'article 1184, y déroge (n° 309).

139. « Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise pas celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné; il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages » (art. 1978). Cette disposition déroge au principe de la condition résolutoire tacite, consacré par l'article 1184, dans le cas où la rente est créée par un contrat de vente; le contrat tombe sous l'application de la condition résolutoire, et néanmoins la loi refuse au vendeur l'action en résolution. Quelle en est la raison? Le contrat est aléatoire; à mesure que le débiteur paye les arrérages, il a la chance de voir éteindre la rente par la mort du crédirentier; s'il a couru cette chance pendant plusieurs années, il a un droit à l'extinction plus ou moins prochaine de la rente, en gardant le capital pour lequel elle a été constituée. Ré-

soudre le contrat, en le forçant à restituer le capital, ce serait d'abord le priver du droit éventuel à l'extinction de la rente ; ce serait de plus le forcer à restituer deux fois le capital, au moins dans la mesure des arrérages acquittés, car ces arrérages comprennent une partie du capital. Pour qu'il y eût résolution, dans le sens de l'article 1978, il faudrait que le crédirentier restituât les arrérages qui lui ont été payés et que le débiteur tînt compte des intérêts par lui perçus. Mais, ainsi entendue, la résolution ne serait guère avantageuse au crédirentier ; il ne serait le plus souvent pas en état de restituer les arrérages. La loi concilie tous les intérêts, en maintenant le contrat, sauf au crédirentier à en poursuivre l'exécution forcée (n° 317).

TITRE XIV.

(TITRE XIII DU CODE CIVIL.)

DU MANDAT.

CHAPITRE Ier.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

140. Définition du mandat.
141. Le caractère essentiel du mandat est que le mandataire représente le mandant. Le notaire, l'avocat, le précepteur ne sont pas mandataires, ils louent leurs services.
142. Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. La convention peut être tacite. Elle ne peut être modifiée par le juge.

140. « Le *mandat* ou *procuration* est un *acte* par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » (art. 1984). Cette définition confond le mandat avec la procuration ; voilà pourquoi elle qualifie le *mandat* d'*acte ;* cela est vrai de la *procuration*, c'est-à-dire de

l'*écrit* par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir de le représenter dans l'affaire qui fait l'objet du mandat. Cet écrit ne constate que la volonté du mandant, et il ne suffit pas de la volonté de l'une des parties pour former un contrat; aussi l'article 1984 ajoute-t-il que le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. C'est encore une erreur de confondre l'écrit qui sert de preuve littérale avec le fait juridique qu'il est destiné à établir (n° 332).

141. Il résulte de la définition de l'article 1984 que la représentation du mandant par le mandataire est un caractère essentiel du mandat; c'est ce qui le distingue du contrat de louage. Il y a mandat quand une personne fait un acte juridique pour le créancier qu'elle représente à l'égard des tiers avec lesquels elle traite au nom de celui qui l'a chargée de le représenter. Je fais un achat comme mandataire de Paul; qui est acheteur? Ce n'est pas moi, quoique je parle au contrat, c'est Paul; car je n'achète pas en mon nom et pour moi, j'achète pour Paul et en son nom. En ce sens, je le représente à l'égard du vendeur; Paul contracte par mon intermédiaire; il figure au contrat et il y parle par moi, son représentant. Aussi Paul seul est-il tenu des obligations qui résultent de la vente; moi je n'en suis pas tenu, car je n'ai pas parlé en mon nom.

Il n'en est pas de même dans le louage d'ouvrage ou d'industrie. Le débiteur qui loue ses services ou qui s'oblige à faire un ouvrage, travaille, il est vrai, pour le maître, mais il ne le représente pas, il n'agit pas en son nom; s'il contracte une obligation à l'égard d'un tiers, pour remplir son engagement, il s'oblige personnellement; le maître n'est pas obligé, car il n'est pas représenté par le débiteur. Cela est vrai quelle que soit l'obligation de faire contractée par le débiteur, que le fait soit matériel ou intellectuel. Ainsi le notaire n'est pas le mandataire des parties quand il dresse un acte de leurs conventions, car il ne représente pas les parties; celles-ci figurent personnellement à l'acte; le notaire n'intervient que pour dresser écrit des conventions arrêtées par les parties, et pour leur donner le caractère d'authenticité; le contrat est un louage, ce n'est pas un mandat. Cela est vrai de toutes les professions libérales : le médecin qui me traite n'est pas mon mandataire, car il ne me représente pas, il me loue ses

services : l'avocat qui plaide pour moi n'est pas mon mandataire, car il ne me représente pas en justice, il loue ses services : il en est de même du précepteur qui dirige l'éducation de mes enfants (n° 334).

Le code s'est écarté, en cette matière, de la doctrine traditionnelle, d'après laquelle le louage d'ouvrage ne s'applique qu'aux œuvres matérielles, pour lesquelles on stipule un salaire; tandis que le mandat implique un travail intellectuel, qui par sa nature est inestimable; on donne des honoraires à l'avocat, au médecin, au précepteur, on ne lui paye pas un salaire. A notre avis, le code n'a pas consacré cette théorie. Le texte même de la loi le prouve; le mot d'*honoraires*, de *récompense* ne s'y trouve pas; l'article 1992 se sert de l'expression de *salaire*. Tout mandat qui n'est pas gratuit est nécessairement salarié. Ce n'est pas abaisser les professions libérales, comme on le prétend; l'intelligence de l'homme a une part dans tout travail; cette part est plus ou moins grande. C'est à raison de l'importance du travail intellectuel que les professions se distinguent; il en résulte que la rétribution augmente; mais le montant du prix ne change pas l'essence du travail (nos 334-337).

142. « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire » (art. 1986). C'est une dérogation à l'ancien droit. Pothier enseigne qu'il est de l'essence du mandat d'être gratuit : le mandant, dit-il, peut bien donner quelque chose au mandataire en reconnaissance du service que celui-ci lui rend, mais cet honoraire n'est pas un salaire. Le code maintient la gratuité comme règle, mais en admettant une exception, et l'exception a absorbé la règle : les mandats les plus importants, les plus usuels sont salariés. Le mandat change de nature en devenant salarié. D'abord la responsabilité du mandataire diffère selon que le contrat est salarié ou gratuit; dans le premier cas, le mandataire est tenu de toute faute, c'est-à-dire qu'il doit exécuter le mandat avec les soins d'un bon père de famille; tandis que la responsabilité est appliquée moins rigoureusement quand le mandat est gratuit (art. 1992). Ensuite, le mandat gratuit est un contrat unilatéral, tandis que le mandat salarié est un contrat bilatéral; on peut lui appliquer, à la lettre, la définition que l'article 1102 donne du contrat synallagmatique : les contractants s'obligent réciproquement les uns

envers les autres, l'un à gérer l'affaire, l'autre à payer le salaire promis (n°s 339-340).

Il faut une convention pour que le mandat soit salarié; la loi n'exige pas une stipulation expresse, et en principe le consentement peut être tacite; donc une convention tacite suffit pour qu'il soit dû un salaire au mandataire. Quand y aura-t-il une convention tacite de salaire? C'est une question d'intention, donc de fait (n° 341). Il suffit que le mandataire se charge par profession des affaires qu'on lui confie pour qu'il ait droit à un salaire. Tels sont les avoués et les agents d'affaires; la profession dont ils vivent implique que leur ministère est salarié (n° 342). Il en est de même des notaires quand les clients les chargent de gérer une affaire (n° 344).

Le salaire convenu peut-il être réduit pour cause d'excès? Non, à notre avis. Le conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles sont aussi une loi pour le juge : il a mission de les exécuter et non de les modifier. Aucune considération d'équité ne l'y autorise. Le législateur abandonne aux parties le soin de veiller à leurs intérêts, et généralement elles le font mieux que ne le ferait le juge. Ce n'est que par exception que la loi permet au juge de modifier les conventions; ces rares exceptions confirment la règle (n° 347).

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MANDAT.

§ I. *Le consentement.*

Sommaire.

143. Le consentement peut être exprès ou tacite.

143. Le mandat est un contrat, et, comme toutes les conventions, il se forme par le consentement des parties contractantes. Aux termes de l'article 1985, l'acceptation du mandataire peut

être tacite. On n'en doit pas conclure que le consentement du mandant doit être exprès ; ce serait faire dire à la loi ce qu'elle n'a pas voulu dire. Il est de principe, dans les contrats non solennels, que le consentement peut être exprès ou tacite, c'est-à-dire qu'il peut se manifester par des paroles ou par des faits quand ces faits impliquent nécessairement l'intention de consentir. Le code admet le consentement tacite en matière de louage (art. 1738 et 1759), et de dépôt (art. 1922). En disposant que l'acceptation du mandat peut être tacite, l'article 1985 applique au mandat le principe général d'après lequel le consentement tacite équivaut au consentement exprès. Et si le consentement du mandataire peut être tacite, pourquoi n'en serait-il pas de même du consentement du mandant (n° 370)? On a prétendu que l'article 1372 abroge le mandat tacite ; nous avons répondu d'avance à l'objection (1). Le mandat tacite est un contrat très-fréquent ; il intervient dans tout mariage ; le mari donne mandat tacite à la femme d'acheter ce qui est nécessaire pour les besoins du ménage et, par suite, de contracter les engagements qui ont cet objet (2) (n°s 378, 384, 386).

§ II. *De la capacité.*

Sommaire.

144. Le code ne parle pas de la capacité du mandant. Comme c'est le mandant qui contracte et qui agit par l'intermédiaire du mandataire, il doit être capable de faire ce qu'il charge le mandataire de faire en son nom. La capacité que le mandant doit avoir dépend donc de l'affaire qu'il confie au mandataire. Ainsi, la femme mariée, quoique placée parmi les incapables, a une certaine capacité si elle est séparée de biens ; elle a la libre administration de ses biens, elle peut, par conséquent, donner un mandat concernant les actes d'administration. Il en est de même du mineur émancipé (n° 395).

145. Faut-il être capable pour accepter un mandat? Le code

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 195, n° 330.
(2) Voyez le t. III de ce cours, p. 283, n° 477.

ne répond pas directement à la question; il se borne à dire que les femmes mariées et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; or, les mineurs émancipés et les femmes mariées sont incapables de contracter, donc il y a des incapables qui peuvent accepter un mandat; partant la capacité de contracter n'est pas requise de la part des mandataires pour la validité du mandat. Il est vrai qu'il y a des incapables dont la loi ne parle pas, les mineurs non émancipés, les interdits; mais ce que l'article 1990 dit de deux catégories d'incapables doit être étendu à tous : il n'y a aucune raison pour déclarer les uns capables d'être mandataires et pour déclarer les autres incapables. Tout incapable peut être mandataire, par la raison que ce n'est pas le mandataire qui contracte, c'est le mandant; les tiers n'ont pas action contre le mandataire, ils ont action contre le mandant; il suffit donc que le mandant soit capable (n° 397).

Le mandat a une autre face : le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution (art. 1991 et 1992). Est-ce que l'incapable, chargé d'un mandat, sera tenu, à l'égard du mandant, des obligations qui naissent du mandat? L'article 1990 répond : « Le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs; » c'est-à-dire que le mineur ne sera pas tenu en tant qu'il est lésé. Le mandant sera lésé, dans ce cas, puisqu'il ne pourra réclamer de dommages-intérêts contre le mineur mandataire; mais il ne peut s'en plaindre, c'est la conséquence du choix qu'il a fait d'un incapable. Si la femme mariée est chargée d'un mandat, elle pourra également opposer son incapacité, laquelle est plus étendue que celle du mineur, puisque le défaut d'autorisation suffit pour annuler ce que la femme fait (n° 398).

§ III. *De l'objet.*

Sommaire.

146. Le fait qui est l'objet du mandat doit être juridique et licite.

147. Le mandat peut être général ou spécial. Quel est le sens de cette classification? Quels sont les pouvoirs du mandataire général?

146. Le mandat a pour objet de faire *quelque chose* pour le mandant et en son nom (art. 1984). Il s'agit d'un acte juridique qui consiste à représenter le mandant. Le fait doit être licite : c'est l'application d'un principe général (1). Si le fait est illicite, l'obligation est sur cause illicite, et partant inexistante, elle ne peut donc avoir aucun effet. Nous venons d'en donner un exemple (2): le mandat de jouer à la Bourse ne produit aucune action (n°s 401 et 402).

147. « Le mandat est ou *spécial* et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou *général* et pour toutes les affaires du mandant » (art. 1987). Il suit de là que le mandat qui ne comprend pas toutes les affaires du mandant est spécial. L'article 1987 se borne à établir une classification; nous allons dire quel en est le sens, en expliquant l'article 1988 (n° 406).

L'article 1988 porte : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Le but de cette disposition est de trancher une controverse qui existait dans l'ancien droit sur le point de savoir si le mandataire général avait le pouvoir d'aliéner : le code décide que le mandataire n'a le pouvoir d'aliéner que si une clause expresse lui en donne le droit. Tout autre mandat n'est qu'un mandat d'administration (n°s 407 et 408).

Il suit de là que l'article 1988 se rattache à l'article 1987, mais uniquement pour déterminer le sens du mandat *général*, c'est-à-dire pour décider dans quel cas le mandataire peut aliéner. Quant au mandat que l'article 1988 appelle *exprès*, il ne se confond pas avec le mandat que l'article 1987 appelle *spécial*; il se peut qu'un mandat *spécial*, dans le sens de l'article 1987, ne soit pas un mandat *exprès* dans le sens de l'article 1988. Je donne mandat d'administrer les biens que je possède dans telle commune : voilà un mandat *spécial*, mais il n'est pas *exprès*, car je ne donne pas au mandataire le pouvoir d'aliéner (n° 409).

(1) Voyez le t. I de ce cours, p. 385, n° 337.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 127.

Reste à savoir pourquoi le mandat, conçu en termes généraux, ne donne pas le droit d'aliéner. Le rapporteur du Tribunat répond que telle est l'intention probable des parties. Celui qui, pour cause d'absence ou de maladie, constitue un mandataire général entend le charger d'administrer ses biens, c'est-à-dire de faire ce que le mandant aurait fait s'il ne lui était pas survenu un empêchement; il n'entend pas lui confier le plein exercice de ses droits de propriétaire, car on ne peut pas admettre facilement que le propriétaire veuille déléguer un droit dont l'exercice le dépouillerait; s'il veut abdiquer ses droits entre les mains du mandataire, il doit le dire (n° 410).

148. « Le mandat, conçu en termes généraux, n'embrasse que les actes d'administration » (art. 1988). Qu'entend-on par *actes d'administration?* Pour déterminer les limites du pouvoir d'administrer, il faut voir quels sont, d'après la loi, les actes qui dépassent ces limites. L'article 1989 ajoute que « s'il s'agit d'*aliéner* ou *hypothéquer,* ou de quelque *autre acte de propriété,* le mandat doit être exprès ». De là suit que le mandat d'administration ne donne pas au mandataire le droit d'aliéner ni d'hypothéquer, ni, en général, de faire aucun acte de disposition. Le propriétaire seul peut disposer de la chose qui lui appartient; il peut, à la vérité, donner le pouvoir de disposer à un mandataire, mais comme il s'agit d'un pouvoir qui n'appartient qu'au propriétaire, il faut qu'il le délègue en termes exprès; en l'absence d'une clause expresse, le mandataire est sans droit de faire aucun acte de propriété (n° 419). Il suit de là que le mandataire général peut faire des actes conservatoires; il peut payer les dettes du mandant, recouvrer ses créances; quant aux actions judiciaires, il est de principe traditionnel que l'administrateur peut former les actions mobilières, et qu'il ne peut pas intenter les actions immobilières; le code a consacré la distinction, quoiqu'elle n'ait pas de raison d'être dans notre état social. Quant aux baux, on suit également le principe traditionnel qui permet au mandataire de faire des baux d'administration : nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage* (1) (n°s 420-427).

149. « Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 286, n° 484.

porté dans son mandat » (art. 1989). Il n'a le droit d'agir au nom du mandant qu'en vertu du pouvoir que celui-ci lui a donné ; dès qu'il n'est plus dans les termes du mandat, il est sans pouvoir, il n'a pas plus de droit qu'un premier venu ; dépasser la volonté de son commettant, ce n'est plus exécuter le mandat, c'est le violer. Il importe donc de déterminer les limites du mandat.

L'article 1989 pose le principe que l'on ne peut pas étendre le mandat ; il est de stricte interprétation. C'est en ce sens que la loi dit que le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre. Bien que le compromis et la transaction aient le même but, les deux actes diffèrent grandement. La partie qui transige reste maîtresse de ses droits, en ce sens qu'elle est libre de transiger ou de ne pas transiger ; tandis que celui qui fait un compromis soumet la décision du différend à des arbitres. On comprend donc que le mandataire chargé de transiger ne puisse pas compromettre ; le mandant a confiance dans le jugement et les lumières du mandataire à qui il donne pouvoir de transiger, tandis qu'il ne connaît pas les arbitres à qui le mandataire confierait la décision du litige (n° 432).

§ IV. *De la forme.*

Sommaire.

150. Le mandat exprès se prouve d'après le droit commun.
151. *Quid* du mandat tacite et de l'acceptation tacite du mandat?

150. « Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé » (art. 1985). C'est le droit commun. Quand le mandat est sous seing privé et à titre gratuit, il n'est soumis à aucune forme, la signature suffit ; l'article 1326 n'est pas applicable, puisque le mandataire s'oblige, non à payer une somme d'argent, mais à faire. Si le mandat est salarié, le contrat, dans notre opinion, devient bilatéral (1), et, par conséquent, il y a lieu d'appliquer l'article 1325 (n°s 446 et 447).

L'article 1985 ajoute que le mandat peut être donné même par lettre. Par *mandat*, la loi entend ici la procuration, c'est-à-dire le

(1) Voyez, ci-dessus, n° 142

pouvoir que le mandant propose au mandataire. Ce pouvoir n'est pas encore un mandat, le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire; or, la procuration, séparée de l'acceptation, suppose que le mandataire n'est pas sur les lieux; dès lors il fallait permettre de lui donner la procuration par lettre, sinon il eût fallu rédiger un acte authentique pour tout mandat dressé entre absents. Si la proposition est acceptée, le contrat se forme; nous dirons plus loin (1) comment se prouve l'acceptation (n° 448).

« Le mandat peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des *Obligations* » (art. 1987). Il suit de là que le mandat ne peut pas se prouver par témoins quand l'objet du mandat a une valeur de plus de cent cinquante francs (art. 1341); mais la preuve testimoniale est indéfiniment admissible quand il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (2).

151. L'article 1985 suppose que le mandat est exprès. Comment se prouve le mandat tacite? Il se fonde sur des faits; les faits, dans l'espèce, étant juridiques, tombent sous l'application de l'article 1341. Le mandat tacite se prouve donc comme le mandat exprès. Il en serait autrement si, au lieu d'un mandat, il y avait gestion d'affaires. Les quasi-contrats se prouvent indéfiniment par témoins, en supposant qu'il ait été impossible au maître de se procurer une preuve littérale (nos 454 et 455).

Il peut encore y avoir acceptation tacite du mandat (art. 1985). Comment se prouve-t-elle? Le mandant donne une procuration et le mandataire exécute le mandat. Cette exécution vaut acceptation. Comme elle consiste en faits ou agissements, on a cru que la preuve pouvait s'en faire par témoins, quel que soit le montant du litige. Cela serait vrai si les faits étaient matériels; mais, dans l'espèce, les faits sont invoqués pour établir l'acceptation du mandat, et, par suite, la formation du contrat; donc, il s'agit de faits juridiques, lesquels tombent sous l'application de l'article 1341 (n° 456).

(1) Voyez, ci-après, n° 151.
(2) Voyez le t. III de ce cours, p. 140, nos 240-243, et p. 152, nos 254-256.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

---

§ I. *De l'exécution du mandat.*

Sommaire.

152. « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé » (art. 1991). C'est le droit commun, sauf une restriction sur laquelle nous reviendrons; le mandant peut révoquer le mandataire, et le mandataire peut renoncer au mandat (n° 457).

Le mandat doit être accompli tel qu'il a été donné et accepté. Ici revient le principe qui détermine les limites du mandat : « le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat » (art. 1989); et c'est aller au delà que de ne pas remplir le mandat tel qu'il est formulé et limité dans le contrat (n° 459).

De là suit que le mandat ne peut pas être accompli par équipollence. Il est de principe que le mandataire doit observer la *forme* du mandat; c'est une expression romaine qui désigne l'ordre du mandant, avec les circonstances de temps, de lieu et toutes les modalités comprises dans le mandat (n° 460).

153. Le mandataire répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution du mandat (art. 1991). Ce principe s'applique à tout mandat, gratuit ou salarié. Le mandataire était libre de refuser le mandat; une fois qu'il l'a accepté, il contracte l'obligation de le remplir; il faut donc lui appliquer le principe qui régit les obligations : le mandataire étant débiteur répond des dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de

ses obligations (nº 463). Si le mandataire avait dépassé le mandat, le mandant ne serait obligé ni envers les tiers ni envers le mandataire; celui-ci ne peut pas avoir action en vertu d'un contrat qu'il a violé (nº 462).

154. « Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée » (art. 1995). C'est le droit commun; la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée (art. 1202). Si les auteurs du code ont répété, dans l'article 1995, ce qui était déjà dit dans l'article 1202, c'est que dans l'ancienne jurisprudence on admettait, conformément au droit romain, que les mandataires étaient obligés solidairement. Il n'y avait aucun motif de déroger au droit commun; le mandant peut sauvegarder ses intérêts comme il l'entend; il est inutile que la loi intervienne en stipulant pour lui (nº 467).

155. De quelle faute répond le mandataire? L'article 1992 répond : « Le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. » Le mandataire salarié répond de la faute dont tout débiteur est tenu, c'est-à-dire de la faute légère *in abstracto*, d'après la terminologie traditionnelle, ce qui signifie qu'il doit apporter à l'exécution du mandat les soins d'un bon père de famille (art. 1137). Quand le mandat est gratuit, le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire, en ce sens que *le plus ou moins* de rigueur avec laquelle, d'après l'article 1991, on doit appliquer la règle générale de la responsabilité, est une question de faits et circonstances de la cause, et il appartient naturellement au juge de les apprécier (nº 475).

156. Le mandataire peut-il se substituer quelqu'un dans sa gestion? Il faut distinguer. D'ordinaire, le mandat ne dit rien, il n'autorise pas la substitution et il ne la défend point. Dans le silence de la convention, on doit recourir aux principes généraux. Or, aux termes de l'article 1237, « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». Cette disposition reçoit son application au mandataire : il s'oblige

à faire; en lui donnant le pouvoir de faire quelque chose en son nom, le mandant considère les relations d'amitié qui existent entre eux lorsque le mandat est gratuit; il a égard aussi, et surtout dans le mandat salarié, à la capacité, au zèle de la personne qu'il charge d'une affaire. On doit donc dire, en général, que le choix de la personne joue un rôle essentiel dans le mandat, partant le mandant a intérêt à ce que le mandataire lui-même accomplisse le mandat. Toutefois, il n'y a rien d'absolu en cette matière. D'après l'article 1237, c'est une question de fait plutôt que de droit; tout dépend de l'intérêt du mandant; si la substitution d'un mandataire sauvegarde cet intérêt, le mandant n'aura pas le droit de se plaindre, le but du mandat sera atteint (n° 482). Si la gestion du substitué est utile, on ne voit pas quel serait le fondement de l'action que le mandant intenterait; ce ne peut être qu'une action en dommages-intérêts; or, il n'y a point de dommages-intérêts sans dommage causé. Mais si la gestion n'est pas utile, le mandant a une action contre le mandataire, car il ne lui a pas donné le droit de se substituer un tiers. C'est ce que dit l'article 1994 : Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion : « 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ». Ainsi, la substitution n'est pas nulle, quoique faite sans pouvoir; seulement, le mandataire répond de la gestion du substitué, et, de plus, comme nous allons le dire, le mandant a une action directe contre celui-ci (n°s 483-486).

L'article 1994 prévoit encore un second cas. Le mandat donne au mandataire le droit de se substituer quelqu'un, sans désigner la personne. Si le mandataire use de ce droit, il cesse, en principe, d'être mandataire; il s'est déchargé du mandat, avec le consentement du mandant. La loi fait exception lorsque la personne que le mandataire a choisie était notoirement incapable ou insolvable; il n'use pas de son droit, dans ce cas, il en abuse, et il y a faute lourde dans cet abus; le mandataire sera responsable, parce qu'il a excédé les limites de son mandat (n° 487).

Si le mandat désigne la personne que le mandataire est autorisé à se substituer, le mandataire est entièrement déchargé; il ne répond plus du substitué, puisque ce n'est pas lui qui l'a choisi, c'est le mandant (n° 488).

L'article 1994 ajoute : « Dans tous les cas, le mandant peut

agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. » Ainsi, le mandant a action contre le substitué, non-seulement quand il a donné pouvoir au mandataire de se substituer un tiers, mais encore quand il ne lui a donné aucun pouvoir; la loi suppose que le mandant consent, par cela seul qu'il ne défend pas au mandataire de se substituer quelqu'un. L'action du mandant contre le substitué est donc fondée sur le contrat qui intervient entre le mandant et le mandataire, c'est l'action de l'article 1166, seulement la loi donne au mandant une action directe, plus avantageuse que l'action indirecte de l'article 1166. Celle-ci profite, non-seulement au demandeur, mais à tous les créanciers du débiteur dont il exerce les droits, en ce sens que le bénéfice de l'action se partage entre tous; tandis que l'action directe profite exclusivement à celui qui l'a formée (n° 490).

La loi ne parle pas des rapports entre le mandataire et le substitué; ce sont les rapports qui naissent du mandat. En effet, le substitué est le mandataire de celui qui le charge de l'exécution du mandat principal. On applique également les règles du mandat aux rapports du mandataire avec les tiers. Le mandataire ne s'oblige pas envers les tiers, c'est le mandant qui contracte par son intermédiaire et qui devient, par suite, créancier ou débiteur. En cas de substitution, il y a deux mandants, le mandant principal et le mandataire qui devient sous-mandant par le mandat qu'il donne au substitué. Si le substitué traite avec les tiers au nom du mandant primitif, c'est celui-ci qui sera censé traiter avec eux et qui sera créancier ou débiteur. Mais si le mandataire charge personnellement quelqu'un de faire ce dont il était chargé, c'est lui seul qui figurera comme mandant dans les conventions qui interviendront entre le sous-mandataire et les tiers; à vrai dire, dans ce cas, il n'y a pas de substitution (n° 494).

§ II. *Du compte de gestion.*

Sommaire.

157. Le mandataire est comptable de sa gestion.
158. Il doit les intérêts des sommes qu'il a employées à son usage et les intérêts du reliquat à partir de la demande.

157. Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion (art. 1993). C'est le droit commun; ceux qui administrent les

biens d'autrui sont comptables de leur administration; ce qui veut dire qu'ils doivent rendre un compte régulier en fournissant un état détaillé des recettes et des dépenses, et en justifiant les unes et les autres (n° 495).

L'article 1993 porte que « le mandataire doit faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il a reçu n'eût point été dû au mandant. C'est l'application du principe de représentation. Ce que le mandataire reçoit, il le reçoit, non pour lui et en son nom, mais pour le mandant et au nom de celui-ci; il n'est que l'intermédiaire par les mains duquel les fonds passent pour être remis au mandant. Peu importe, par conséquent, que ce qu'il reçoit soit dû au mandant ou ne lui soit pas dû; la chose est payée au mandant, donc elle doit lui être remise; si elle ne lui est pas due, celui qui l'a payée indûment aura une action en répétition, non contre le mandataire, mais contre le mandant (n° 502).

Il se peut aussi que le mandataire doive rendre compte de ce qu'il n'a pas reçu, si c'est par sa faute qu'il ne l'a pas reçu. Le mandataire est chargé de recouvrer une somme ou une chose appartenant au mandant; il doit compte de ce qu'il a dû recevoir, et il devra payer les non-valeurs si le mandant prouve qu'elles n'ont pas été recouvrées par la faute du mandataire (nos 503 et 504).

158. « Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi » (art. 1996). En employant à son usage les sommes qu'il reçoit pour le mandant, le mandataire manque au devoir de fidélité que le mandat lui impose; il ne peut retirer aucun profit du mandat, sauf le salaire si le mandat est salarié; s'il emploie à son usage les sommes qu'il doit remettre au mandant, il s'enrichit en violant son devoir; voilà pourquoi la loi l'oblige à payer les intérêts de plein droit, sans demande judiciaire. Ce n'est pas une dérogation au principe de l'article 1153, car il ne s'agit pas d'intérêts moratoires; c'est une peine dont la loi frappe le mandataire infidèle (n° 507).

Le mandataire doit encore les intérêts du reliquat, à partir du jour qu'il est mis en demeure (art. 1996). C'est une dérogation au droit commun. Il s'agit d'intérêts moratoires, dans ce cas; or ces intérêts ne sont dus qu'en vertu d'une demande judiciaire (art. 1153), tandis que le mandataire doit les intérêts, dès qu'il est en demeure; or le débiteur est mis en demeure par un acte extrajudiciaire, une sommation ou autre acte équivalent (art. 1139). En dérogeant à l'article 1153, la loi revient au droit commun de l'article 1139, car les dommages-intérêts sont dus en vertu de la demeure, c'est-à-dire d'un simple acte extrajudiciaire. Nous avons dit, au titre des *Obligations* (1), qu'il n'y avait pas de bonne raison pour s'écarter du droit commun, en ce qui concerne les intérêts; mais une fois la dérogation admise, il n'y avait pas de raison pour revenir au droit commun : ce sont des anomalies (n° 511).

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

(*Principes de droit civil*, t. XXVIII.)

Sommaire.

159. Quelles sont ces obligations? Rendent-elles le contrat synallagmatique?
160. Le mandant doit-il rembourser les avances quand l'affaire n'a pas réussi?
161. Le mandataire a-t-il droit aux intérêts de ses avances? *Quid* du salaire?
162. Le mandataire a droit à une indemnité pour les pertes qu'il a éprouvées à l'occasion du mandat.
163. S'il y a plusieurs mandants pour une même affaire, ils sont tenus solidairement.

159. « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il lui en a été promis » (art. 1999). Quand le mandataire stipule un salaire, le contrat devient bilatéral, parce que chacune des parties est obligée en vertu de la

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 417, n° 582.

convention (art. 1102). Mais l'obligation de rembourser les avances ne rend pas le mandat bilatéral, car elle ne naît pas du contrat; elle naît de la dépense accidentelle que le mandataire est obligé de faire pour l'exécution du mandat (n° 5).

160. Le mandant doit-il rembourser les avances et frais quand l'affaire n'a point réussi? En principe, oui (art. 1999, 2e alinéa) : le mandataire ne s'oblige pas à faire réussir l'affaire dont il est chargé, il s'oblige à faire ce qui est l'objet du mandat, et s'il a rempli cette obligation en bon père de famille, le mandant, de son côté, doit exécuter les obligations que la loi lui impose. L'équité est d'accord avec le droit : c'est pour le mandant, et pour son seul avantage, que l'affaire a été traitée, c'est donc à lui de supporter les mauvaises chances auxquelles toutes les transactions sont exposées (n° 7). Le principe reçoit exception, s'il y a une faute imputable au mandataire, c'est-à-dire, si la dépense a été faite précisément par la faute qui lui est imputée (n° 8).

L'article 1999 ajoute que « le mandant ne peut faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moins élevés ». La loi suppose qu'il n'y a aucune faute à reprocher au mandataire; dans ce cas, le mandant ne peut pas le chicaner sur des dépenses qui auraient pu être moindres. Il y a ici une distinction très-délicate à faire entre ce qui est nécessaire et ce qui est excessif; il est difficile de la préciser en théorie; le juge en doit tenir compte pour rester fidèle à l'esprit de la loi (n° 9).

161. « L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées » (art. 2001). C'est, dit-on, une exception à la règle de l'article 1153, d'après laquelle les intérêts ne courent qu'à partir de la demande en justice. A vrai dire, le mandat n'est pas compris dans la règle : il ne s'agit pas de l'obligation de payer une somme d'argent, ni du retard que le débiteur met à la payer; il s'agit d'une obligation de faire; or, le droit et l'équité demandent que le mandataire ne souffre aucun préjudice de sa gestion. Il en est surtout ainsi du mandat gratuit; et le législateur suppose toujours, d'après la tradition, la gratuité du mandat (n° 11).

Le salaire promis au mandataire ne porte pas intérêt de plein

droit; c'est un gain auquel il a droit; il n'est privé de la jouissance de ce gain que lorsqu'il le réclame; on doit donc appliquer au salaire la règle qui régit les intérêts : ils ne sont dus que du jour de la demande. Tandis que les avances sont prises dans le patrimoine du mandataire, il serait en perte, s'il était privé de la jouissance de la somme qu'il avance pour le mandant; il est donc juste qu'il lui en soit tenu compte (n° 22).

Du reste on applique au salaire ce que la loi dit des avances; le mandataire y a droit, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi (art. 1999, 2e al.). Cela suppose qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher. S'il y a faute, le mandataire ne peut réclamer le salaire qui lui a été promis pour l'exécution de ses obligations, alors qu'il ne les a pas remplies (n° 25).

162. « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable » (art. 2000). C'est l'application du principe, que le mandataire ne peut être en perte à raison d'une affaire qui n'intéresse que le mandant (n° 31).

163. Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat » (art. 2002). C'est une disposition empruntée à l'ancien droit; elle s'explique par la gratuité qui jadis était de l'essence du mandat. Mais, d'après le code civil, le mandat peut être salarié, et, en fait, il l'est régulièrement, quand le mandat a quelque importance. Or, quand le mandataire stipule un salaire, il peut aussi stipuler la solidarité; il n'y a plus de raison pour que la loi intervienne (n° 33).

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ET DU MANDANT A L'ÉGARD DES TIERS.

---

§ I. *Des obligations du mandataire.*

Sommaire.

164. En principe, le mandataire n'est pas tenu à l'égard des tiers.
165. Quand, par exception, est-il obligé à leur égard?

164. Pothier enseigne que le mandataire ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il traite en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé traiter; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter. Ce principe découle de l'essence même du mandat; les auteurs du code n'ont pas même jugé nécessaire de le consacrer; il résulte implicitement des articles 1998 et 1984 (n° 43).

165. Le principe reçoit deux exceptions. D'après l'article 1997, le mandataire est tenu, à l'égard des tiers avec lesquels il contracte, pour ce qu'il fait au delà de ses pouvoirs, s'il n'a pas donné à la partie avec laquelle il contracte une suffisante connaissance de son mandat. Dans ce cas, le mandataire est sans pouvoir, de sorte que les tiers n'auront pas d'action contre le mandant (art. 1998). Ils ont action contre le mandataire, parce que celui-ci, tout en agissant comme mandataire, ne leur a pas donné connaissance du mandat; il les a donc induits en erreur; c'est un fait dommageable, dont il répond. La responsabilité consiste à être obligé personnellement, ce qui est très-logique, puisque le mandataire qui excède son mandat ne peut pas agir comme mandataire, il doit donc être débiteur personnel (n° 45).

Si, au contraire, le mandataire a donné connaissance de son mandat au tiers avec lequel il a contracté, il ne sera pas obligé envers lui, alors même qu'il aurait dépassé les bornes de son mandat. La raison en est que, dans ce cas, il n'a agi ni comme mandataire, ni comme débiteur personnel. Par suite, le tiers

n'aura action ni contre lui ni contre le mandant; il a traité, dans l'espérance que le mandant ratifierait; la prudence lui conseillait de ne traiter que sous la condition de cette ratification, ou en exigeant que le mandataire se portât fort pour le mandant; s'il a traité sans condition aucune, il doit supporter les conséquences de son imprudence (n° 46).

Il y a un second cas dans lequel le mandataire qui dépasse ses pouvoirs est tenu à l'égard des tiers, c'est quand il s'est soumis personnellement à la garantie pour ce qui a été fait au delà du mandat (art. 1997). Cela suppose, comme nous venons de le dire, que le tiers, sachant que le mandataire dépasse son mandat, refuse de traiter, à moins que le mandataire ne s'oblige envers lui au cas où le mandant refuserait de ratifier ce qui serait fait au delà du mandat (n° 48).

§ II *Des obligations du mandant à l'égard des tiers.*

Sommaire.

166. Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire. Sous quelles conditions?
167. Le principe que le fait du mandataire est le fait du mandant s'applique-t-il aux fautes du mandataire?
168. *Quid* si le mandataire traite avec les tiers en son nom personnel?
169. Des actes du mandataire qui dépassent les bornes de son mandat. De la ratification. La ratification ne rétroagit point.

166. « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné » (art. 1998). Le mandataire ne fait que représenter le mandant, quand il contracte au nom de celui-ci; en réalité, c'est le mandant qui parle au contrat, c'est lui qui stipule et qui promet. L'article 1998 s'exprime donc incorrectement en disant que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire; celui-ci ne contracte aucun engagement; c'est le mandataire qui s'oblige par son intermédiaire; il exécute donc son propre engagement.

Pour que le mandant soit obligé à l'égard des tiers, il faut que le mandataire ait traité en cette qualité; s'il a traité en son nom personnel, il sera obligé personnellement; par contre le mandant

ne le sera point. La raison en est que, dans ce cas, le mandant n'a point contracté, il n'a pas consenti, et personne ne peut être obligé sans son consentement. Il faut de plus que le mandataire n'ait pas excédé les limites de son pouvoir; s'il excède ses pouvoirs, il cesse d'être mandataire, il ne représente plus le mandant, donc celui-ci ne peut pas être obligé (n° 50).

167. Le principe que le fait du mandataire est le fait du mandant s'applique aux fautes que le mandataire commet dans l'exécution de son mandat; c'est le mandant qui est censé coupable de la faute et même du dol dont le mandataire est l'auteur. Les tiers ont traité avec le mandataire par suite de la confiance que leur inspirait le mandant, c'est lui qui leur a dit qu'ils pouvaient contracter en sûreté avec l'homme de son choix; si le mandataire trahit cette confiance, les tiers n'en doivent pas supporter la conséquence; la responsabilité doit retomber sur le mandant qui a fait un mauvais choix (n° 54).

168. Pour que le mandant soit tenu des faits du mandataire, il faut que celui-ci ait agi comme tel. Si le mandataire parle en son nom personnel, il sera lié à l'égard du tiers, comme s'il n'y avait pas de mandat : il a promis, donc il est obligé. Le mandataire reste aussi tenu envers son mandant, à moins qu'il n'ait renoncé au mandat. Tant que le mandat subsiste, le mandataire est tenu de l'exécuter; donc quand il traite avec un tiers, quoique en son nom, il est censé, à l'égard du mandant, avoir traité dans l'intérêt de celui-ci et avoir fait la chose dont il était chargé. Quels seront, dans ce cas, les rapports du mandant avec les tiers? Il n'y a aucun lien entre le mandant et les tiers, puisque les tiers n'ont pas traité avec le mandant; celui-ci étant étranger à la convention, il ne peut s'en prévaloir contre les tiers, de même que les tiers ne peuvent s'en prévaloir contre lui. Toutefois le mandant peut agir contre le mandataire et se faire céder par lui les droits et actions qu'il a contre les tiers (n°s 61 et 62).

169. Quand le mandataire dépasse les bornes de son mandat, ses actes n'ont aucun effet à l'égard du mandant. Le mandant est tiers quant aux conventions que le mandataire a consenties au delà de son pouvoir; il faut donc lui appliquer le principe de l'article 1165 : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent pas aux tiers et elles ne leur pro-

fitent pas. Le mandant n'est pas tenu de demander la nullité de ce que le mandataire a fait sans pouvoir, on ne demande pas la nullité de ce qui n'existe point; il peut repousser la convention, comme lui étant étrangère, à quelque époque qu'on la lui oppose (n° 64).

L'article 1998 dit que le mandant n'est tenu de ce qui a été fait au delà du mandat, que s'il l'a ratifié. Ratifier, c'est consentir, en approuvant l'acte que le mandataire a fait sans pouvoir. En ce sens on dit que la ratification équivaut au mandat (n° 65). Elle peut être expresse ou tacite, comme toute manifestation de consentement. La ratification expresse implique l'existence d'un consentement donné par paroles, peu importe qu'il soit donné verbalement ou par écrit; l'écrit ne sert que de preuve. La ratification tacite résulte d'un fait qui suppose nécessairement la volonté de consentir (n° 70). On dit que la ratification équivaut au mandat, en ce sens que le mandataire est censé avoir agi du consentement de son commettant; ce que le mandataire a fait au delà de son pouvoir se trouve ainsi validé (n° 73).

On enseigne aussi généralement que la ratification rétroagit au jour du mandat, au moins entre le mandant et le mandataire. Cela nous paraît très-douteux. Quand le mandataire dépasse les bornes de son mandat, il ne se fait pas de convention : le mandataire n'est pas obligé parce qu'il n'a pas traité en son nom personnel, et le mandant n'est pas obligé parce que le mandataire n'avait pas le droit de traiter en son nom. La convention qui intervient entre le mandataire et le tiers est donc inexistante, car il n'y a pas de convention sans consentement. Quand ensuite le mandant ratifie, il consent, et c'est ce consentement qui engendre la convention, laquelle jusque-là n'existait point. C'est donc une convention qui se forme à ce moment; or, les conventions n'ont d'effet que du jour où le concours de consentement a lieu. La rétroactivité serait une véritable fiction, et il n'y a pas de fiction sans loi; le silence de la loi est donc décisif. Il va sans dire, et sur ce point tout le monde est d'accord, que la ratification ne préjudicie pas aux droits des tiers; la loi respecte toujours les droits acquis (n° 74).

CHAPITRE VI.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

Sommaire.

170. Le mandat finit par la mort, soit du mandant, soit du mandataire (art. 2003). C'est une dérogation au droit commun. En général, on stipule et l'on promet pour soi et pour ses héritiers; mais l'article 1122 ajoute : « à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention ». Le mandat est une des conventions qui, en vertu de leur nature, finissent par la mort de l'une ou de l'autre des parties. Il s'éteint par la mort du mandant, parce que c'est lui qui agit, qui parle au contrat, le mandataire ne fait que le représenter; or le mandant ne peut plus agir après qu'il est mort, il ne peut donc plus être représenté. D'un autre côté, les héritiers du mandant ne peuvent pas prendre sa place; quand le mandat est gratuit, le mandataire a voulu rendre un service d'amitié au mandant, et non à ses héritiers; si le mandat est salarié, les héritiers du mandant peuvent ne pas avoir dans le mandataire la confiance qu'avait le mandant. Dans tous les cas, les parties pourraient mettre fin au mandat par la révocation ou par la renonciation; il a paru plus simple et moins blessant de faire cesser le mandat de plein droit, sauf aux parties à le renouveler.

Le mandat finit par la mort du mandataire, parce que le mandat a pour fondement la confiance que le mandant a dans la per-

sonne du mandataire. Cette confiance, attachée à des qualités personnelles, ne passe pas aux héritiers ; par conséquent, le pouvoir qui a été accordé par le mandant au mandataire de gérer l'affaire ne peut passer aux héritiers du mandataire. D'ailleurs le mandataire n'a accepté le mandat, quand il est gratuit, que par amitié pour le mandant ; ses héritiers peuvent ne pas partager ces sentiments (n° 79).

La mort du mandant met fin au mandat de plein droit. Toutefois le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure (art. 1991). S'il n'y a pas d'urgence, le mandataire doit cesser sa gestion, car il est sans pouvoir du moment qu'il a connaissance de la mort du mandant (n° 83).

Quand le mandat finit par la mort du mandataire, les héritiers en doivent donner avis au mandant (art. 2010). Les héritiers ne pouvant pas continuer la gestion, il importe que le mandant soit averti pour qu'il nomme un autre mandataire, ou qu'il se charge lui-même de l'affaire.

L'article 2010 ajoute que les héritiers du mandataire doivent pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt du mandant. En droit strict, le mandat étant expiré, les héritiers devraient s'abstenir, mais l'équité demande qu'ils pourvoient aux nécessités de la situation (n° 84).

171. Le mandat finit, 2° par l'interdiction du mandant ou du mandataire (art. 2003). Quand le mandataire est interdit, il est privé de l'exercice de ses droits civils, en ce sens qu'il est frappé d'une incapacité absolue de contracter en ce qui concerne ses intérêts pécuniaires ; dès lors il est impossible qu'il remplisse le mandat qui lui a été confié. C'est le tuteur qui représente l'interdit dans tous les actes qu'il doit faire ; mais le tuteur ne saurait être mandataire, car ce n'est pas à lui que le mandat a été donné, c'est à l'interdit, et la confiance attachée à la personne du mandataire ne se transmet pas à son tuteur.

Le mandat finit par l'interdiction du mandant ; à la rigueur, le mandataire pourrait continuer sa gestion ; si néanmoins le mandat finit, c'est que l'interdiction apporte un changement essentiel dans les relations des parties contractantes. Le mandataire rend service à un ami lorsque le mandat est gratuit ; cette affection est

étrangère au tuteur; celui-ci n'aurait pas pour le mandataire l'amitié et l'indulgence qu'aurait eues le mandant; il doit, au contraire, maintenir son droit dans toute sa rigueur; il est donc juste que les relations soient rompues (n° 90). Quand le mandat est salarié, ces motifs viennent à cesser; mais le législateur n'a tenu aucun compte de la différence qui existe entre le mandat gratuit et le mandat salarié.

172. 3° Le mandat finit par la déconfiture du mandant ou du mandataire (art. 2003). On admet généralement que le mandat finit aussi par la faillite. Le motif que l'on donne pour justifier la cessation du mandat, en ce qui concerne le mandant, s'applique à la faillite plutôt qu'à la déconfiture. Le rapporteur du Tribunat dit que le mandat finit quand le mandant tombe en déconfiture, parce que le désordre de ses affaires a entraîné la subversion générale de sa fortune; tout ce qu'il possédait a passé dans les mains de ses créanciers. Cela est vrai de la faillite qui dépossède le failli de l'administration de ses biens; cela n'est pas vrai du débiteur civil, qui conserve la gestion de sa fortune, malgré sa déconfiture.

Le mandat finit par la déconfiture ou la faillite du mandataire, parce que celui-ci ne mérite plus aucune confiance. En effet, la responsabilité du mandataire devient dérisoire quand il tombe en déconfiture ou en faillite. De plus le failli est dessaisi de l'administration de ses biens; ce seraient donc les agents de la faillite qui exécuteraient le mandat; or, le mandant a traité avec le mandataire, à raison de la confiance qu'il avait en lui, ce qui doit faire cesser le mandat quand le mandataire est remplacé par les syndics d'une faillite (n° 92).

173. 4° Le mandat finit par la révocation du mandataire (art. 2003). Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble. C'est une dérogation au principe que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. La raison de l'exception se trouve dans la nature du mandat; c'est l'affaire du mandant qui est l'objet du mandat, il doit donc avoir le droit d'en arrêter l'exécution quand ses intérêts se modifient ou que la confiance qu'il avait dans le mandataire vient à cesser. Cela est sans difficulté quand le mandat est gratuit; le mandataire

rend, dans ce cas, un service au mandant, et un service à rendre ne constitue pas un droit. Mais le mandat peut être salarié et il l'est souvent. Il peut néanmoins être révoqué, puisque la loi est générale, et le mandataire révoqué n'a pas même droit à une indemnité, puisque la loi ne lui en accorde aucune. Toutefois il peut intervenir entre les parties une convention expresse ou tacite, qui donne au mandataire droit à une indemnité (nos 96-98).

La révocation du mandat peut être tacite : aux termes de l'article 2006, « la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier ». La loi induit la révocation d'un fait qui suppose nécessairement la volonté de révoquer. Si l'intention du mandant avait été de charger simultanément de l'affaire les deux mandataires, il s'en serait expliqué pour déterminer leurs pouvoirs ; son silence prouve qu'il entend charger le second mandataire de toute l'affaire, à l'exclusion du premier (no 101).

La révocation doit être portée à la connaissance du mandataire. Celui-ci doit savoir si ses pouvoirs sont révoqués ; s'il l'ignore, le mandat subsiste, par cela même, à son égard et à l'égard des tiers de bonne foi (art. 2005 et 2006). La loi ne dit pas comment la révocation doit être portée à la connaissance du mandataire ; les articles 2005 et 2006 supposent que cela se fait par une notification, ce qui est, en effet, la voie la plus simple, mais la loi ne la prescrit point, on reste donc sous l'empire du droit commun (no 102).

Quel est l'effet de la révocation ? Les pouvoirs du mandataire cessent, il n'a plus qualité pour représenter le mandant à l'égard des tiers. Comme le mandataire pourrait abuser de la procuration qui lui donne un titre pour traiter avec les tiers, la loi permet au mandant de contraindre le mandataire à lui remettre l'écrit sous seing privé qui contient la procuration, et si l'acte est authentique, l'original en brevet ou l'expédition, s'il en a été gardé minute (no 103).

174. 5° Le mandat finit par la renonciation du mandataire au mandat (art. 2003). La faculté de renoncer n'est pas aussi absolue que l'article 2003 semble le dire. C'est une exception au principe fondamental qui ne permet pas au débiteur de se dégager de

l'obligation qu'il a contractée; mais l'exception est soumise à des conditions qui l'expliquent et la justifient. D'abord le mandataire doit notifier sa renonciation au mandant (art. 2007). Il faut que celui-ci sache que le mandataire ne veut plus se charger de l'affaire dont il avait accepté la gestion, afin qu'il puisse chercher un autre mandataire, ou faire lui-même la chose qui est l'objet de la procuration; si le mandataire ne donne pas avis de sa renonciation, le mandat subsiste. La loi ne dit pas comment la renonciation doit se faire; il suffit que le mandataire informe le mandant, par une voie quelconque, de sa volonté de renoncer (n° 105).

L'article 2007 ajoute que la renonciation ne doit pas porter préjudice au mandant. Le mandataire est lié par son acceptation; si la loi lui permet de se dégager de l'obligation qu'il a contractée de gérer, c'est à la condition que la renonciation ne soit pas préjudiciable au mandant; quand celui-ci en éprouve un dommage, il peut réclamer des dommages-intérêts contre le mandataire (n° 106). Ce qui revient à dire que l'obligation de faire contractée par le mandataire reçoit son exécution, comme toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts (art. 1142).

Il y a un cas dans lequel le mandataire n'est pas tenu d'indemniser le mandant; c'est quand il se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat, sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (art. 2007). La loi suppose que le mandataire rend un service gratuit; dans ce cas, on applique le principe que le bienfait ne doit pas tourner contre celui qui rend le service. Mais si le mandat est salarié, on ne voit pas pourquoi le mandataire pourrait impunément manquer à son engagement, plutôt que l'acheteur ou le preneur (n° 107).

175. La loi contient quelques dispositions générales applicables aux diverses causes qui mettent fin au mandat. L'article 2008 porte : « Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide. » En général, l'erreur dans laquelle se trouve l'une des parties contractantes ne valide pas ce qui, en vertu des principes, est nul. Or, dès que le mandat cesse, le mandataire est sans droit, et, par conséquent, tout ce qu'il fait en cette qualité devrait être nul. Mais l'équité exige que, par dérogation au droit strict, la loi maintienne ce que le mandataire a fait

alors qu'il devait croire que son mandat subsistait (nº 110).

L'article 2009 est une suite de cette disposition. On suppose que le mandataire dont le mandat est venu à cesser traite avec des tiers; les engagements du mandataire seront exécutés à l'égard des tiers de bonne foi. La loi tient compte de la bonne foi du mandataire; elle devait, à plus forte raison, tenir compte de la bonne foi des tiers avec lesquels le mandataire contracte; ils sont plus excusables, en ce sens qu'il leur est plus difficile de savoir si le mandat subsiste encore ou non. Les tiers ont, dans ce cas, action contre le mandant, quand même le mandataire serait de mauvaise foi (nº 115).

L'article 2010 est ainsi conçu : « En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. » On enseigne que cette disposition est générale de sa nature, bien que la loi ne parle que de la mort. C'est un devoir d'équité, dit-on, pour ceux qui remplacent le mandataire dans la gestion de ses biens, de veiller aux intérêts du mandant. Cela est vrai. Mais l'équité suffit-elle pour imposer des obligations sanctionnées par des condamnations civiles? A notre avis, non (nº 116). L'équité ne devient une obligation civile que lorsque la loi la consacre.

TITRE XV.

(TITRE XIV DU CODE CIVIL.)

DU CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE Ier.

NOTIONS GÉNÉRALES.

---

§ I. *Définition et caractères.*

Sommaire.

176. Le cautionnement est une garantie personnelle et, à ce titre, un contrat accessoire.
177. C'est un contrat de bienfaisance : en quel sens?
178. C'est un contrat unilatéral.

176. L'article 2011 porte : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Ainsi, la caution ne s'oblige pas comme débiteur principal ; l'obligation du débiteur est étrangère à la caution ; celle-ci intervient pour garantir l'exécution des obligations contractées par le débiteur. Si celui-ci remplit ses engagements, il n'est plus question de cautionnement ; et si, à défaut par le débiteur d'exécuter ses obligations, la caution est tenue de le faire, elle a un recours contre le débiteur principal ; cette action récursoire est organisée de manière à indemniser la caution de toutes ses avances et de toutes ses pertes (art. 2028). Le cautionnement est donc une garantie personnelle, à la différence du gage et de l'hypothèque, qui sont des garanties réelles ; à ce titre, il forme une convention accessoire. C'est un des caractères essentiels de ce contrat ; nous exposerons les conséquences qui en résultent, successivement, en suivant l'ordre tracé par le code (n° 117).

177. Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, non à l'égard du créancier qui reçoit ce qui lui est dû, mais à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige. Sans le cautionnement, le débiteur n'aurait pas obtenu ce qu'il a stipulé, et il l'obtient à titre gratuit; en effet, si la caution paye, elle a seulement un recours pour rentrer dans ses avances et pour se couvrir de ses pertes; elle ne reçoit rien en compensation du service qu'elle rend au débiteur. C'est un service d'amitié, comme le dépôt et le mandat. Mais le cautionnement n'est pas un contrat essentiellement gratuit; la caution peut stipuler une indemnité pour le service qu'elle rend au débiteur (n° 123).

178. Le cautionnement est un contrat unilatéral. La caution seule est obligée envers le créancier; celui-ci ne contracte aucune obligation à l'égard de la caution; or, c'est entre le créancier et la caution que le contrat intervient; le débiteur y reste étranger. Il est vrai que la caution a une action contre le débiteur, mais ce n'est pas en vertu du cautionnement, c'est en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaires (n° 126).

§ II. *Des conditions requises pour la validité du cautionnement.*

Sommaire.

179. Il faut d'abord qu'il y ait une obligation principale. Le code ne le dit pas en termes formels; mais l'article 2012 implique cette première condition, en disant que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable; il faut donc avant tout une obligation, et cela est d'évidence. S'il n'y a pas d'obligation principale, il ne peut être question d'une garantie accessoire (n° 128).

Toute dette peut être cautionnée, peu importe qu'elle ait pour objet un fait ou une chose, et que cette chose soit une somme d'argent, un meuble ou un immeuble. L'obligation de la caution

peut elle-même être cautionnée; l'article 2035 le suppose, et cela ne fait aucun doute en théorie. Dans le langage traditionnel, celui qui cautionne une caution s'appelle certificateur de caution (code de pr., art. 135, § 5).

180. Il faut, en second lieu, que l'obligation soit valable (art. 2012). Si elle ne réunit pas les conditions requises pour son existence, elle est nulle de plein droit (art. 1117), ou, comme on dit, inexistante; c'est le néant, et l'on ne conçoit pas que le néant soit cautionné (n° 133). Si l'obligation est simplement nulle, c'est-à-dire annulable, elle existe, en ce sens qu'elle produit ses effets tant qu'elle n'a pas été annulée; elle est donc valable, et partant elle peut être cautionnée. Mais si la dette principale est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé, et, par suite, le cautionnement tombe. Le cautionnement suit donc la dette à laquelle il est attaché; il est inexistant ou nul, suivant que la dette principale est inexistante ou nulle; dans l'un et l'autre cas, on applique les principes qui régissent les actes inexistants et les actes nuls (n°s 133 et 134).

Le principe que l'annulation de la dette principale entraîne la nullité du cautionnement reçoit une exception dans le cas prévu par l'article 2012, qui est ainsi conçu : « On peut cautionner une obligation encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité. » Ainsi, le cautionnement de l'obligation contractée par un incapable subsiste, quoique la dette principale soit annulée. En ce sens, l'article 2036 dit que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur; par là le code entend l'exception résultant de l'incapacité. C'est une dérogation aux principes qui régissent le cautionnement. Quand l'incapable fait annuler l'obligation qu'il a contractée, la dette est censée n'avoir jamais existé, dès lors le cautionnement devrait tomber; on ne conçoit pas qu'il y ait un accessoire lorsqu'il n'y a plus de principal, et que la caution soit obligée de satisfaire à une obligation que le débiteur n'est pas tenu d'exécuter (n°s 135 et 136). A quels cas s'applique l'article 2012? La loi ne dit pas quelles sont les exceptions purement personnelles au débiteur; mais l'exemple qu'elle donne, et les rapports et les discours du Tribunat ne laissent aucun doute sur ce point; le code entend

parler de l'incapacité du débiteur principal. C'est une cause de nullité qui lui est personnelle, d'abord en ce sens que c'est à raison de l'état du débiteur et de l'incapacité qui en résulte que l'obligation est nulle; ensuite parce que l'incapable seul peut se prévaloir de la nullité. L'obligation ne peut pas être attaquée par les personnes capables qui ont contracté avec l'incapable, et la loi considère aussi l'obligation comme valable à l'égard de la caution (n° 140).

181. La caution s'oblige envers le créancier : il faut donc le consentement des deux parties contractantes. Quant au débiteur, il reste étranger au contrat qui intervient entre le créancier et la caution; l'article 2014 en conclut que l'on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. Nous reviendrons sur cette disposition.

La caution, en consentant, contracte une obligation personnelle, à la différence de celui qui donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers : c'est la chose qui est tenue, celui qui l'a engagée n'est pas obligé (n° 151). De ce que la caution s'oblige personnellement, il ne faut pas conclure que l'engagement qu'elle contracte soit attaché à sa personne. L'article 2017 dit que les obligations de la caution passent à ses héritiers; c'est le droit commun, et il était inutile de le dire (art. 1122). Le code admet une exception pour l'un des effets que produit le cautionnement; quand la caution est soumise à la contrainte par corps, cette voie d'exécution ne peut pas être exercée contre les héritiers (art. 2017). La règle et l'exception ne sont plus que de l'histoire, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique (n° 152).

« Le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès » (art. 2015). Aucun contrat ne se présume; mais, en général, le consentement peut être tacite; l'article 2015 déroge, sous ce rapport, au droit commun. La loi veut une manifestation de volonté donnée par paroles, parce que le cautionnement est un engagement très-dangereux. Celui qui cautionne a confiance dans la solvabilité du débiteur, et trop souvent cette confiance est trompée; la caution est obligée de payer, et le recours qu'elle a contre le débiteur insolvable est dérisoire. Le législateur a voulu garantir celui qui est disposé à se porter caution contre l'entraînement

d'un sentiment irréfléchi; il a encore voulu empêcher que l'on n'interprétât comme une promesse ce qui n'est qu'une recommandation par laquelle celui qui recommande n'entend pas se porter garant de la personne recommandée; il n'y a de caution que celui qui s'est obligé à ce titre (n° 153).

182. La loi ne dit pas dans quelle forme le consentement doit être exprimé. Il en résulte que le cautionnement reste sous l'empire du droit commun en ce qui concerne la preuve. Nous renvoyons au titre des *Obligations* (nos 158 et 159).

183. La caution doit être capable. Il ne suffit pas qu'elle ait la capacité de s'obliger. Le cautionnement est un acte de disposition, car la caution s'oblige à payer, sans rien obtenir, en compensation des risques qu'elle court, ni du créancier, ni du débiteur. Ainsi, le mineur ne peut se porter caution, ni le tuteur pour lui. Il en est de même du mineur émancipé; il ne peut faire que des actes de pure administration, actes qui lui sont généralement utiles; or cautionner, ce n'est pas administrer, et cet acte n'est jamais profitable à la caution, légalement parlant. Les femmes mariées peuvent cautionner avec autorisation maritale. Quant aux interdits, ils sont frappés d'une incapacité absolue (n° 160).

§ III. *Etendue du cautionnement.*

Sommaire.

184. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onereuses. *Quid* si le cautionnement dépasse la dette principale?

184. « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses » (art. 2013) C'est une conséquence du principe que le cautionnement est un contrat accessoire; l'obligation accessoire de la caution ne peut pas dépasser celle du débiteur principal, mais la caution n'est pas tenue nécessairement de toute l'obligation du débiteur. La garantie d'une dette peut être partielle; les parties sont libres de la stipuler comme elles l'entendent; si le créancier a confiance dans la sol-

vabilité du débiteur pour une partie de la dette, il suffit que la caution garantisse le payement en tant que la dette excède la solvabilité du débiteur. Il en est de même des clauses qui aggravent ou diminuent la charge : il est plus onéreux de payer une dette immédiatement que de la payer à terme. Les conditions sous lesquelles la caution s'oblige ne peuvent pas être plus onéreuses, parce que ce serait excéder la dette; elles peuvent être moins onéreuses, cela dépend de l'intérêt du créancier (n° 161).

Si le cautionnement excède la dette, il n'est pas nul, il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (art. 2013). Les auteurs du code ont suivi sur ce point l'opinion de Pothier, contraire au droit romain. Logiquement, dit-on, l'accessoire ne peut dépasser le principal, et quand il le dépasse, l'obligation est viciée dans son essence. C'est un argument bon dans les sciences exactes, mauvais dans les sciences morales. Tout ce qu'on peut conclure du caractère accessoire du cautionnement, c'est que la caution qui s'est obligée à plus que le débiteur principal, n'est pas tenue à ce plus, mais rien n'empêche qu'elle soit tenue de ce dont le débiteur est tenu ; car, en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu s'obliger à celle que le débiteur a promise; il en est de même des conditions plus onéreuses sous lesquelles elle aurait contracté. Ce n'est pas une question de logique, mais une question d'intention (n° 164).

§ IV. *Interprétation du cautionnement.*

Sommaire.

185. Le cautionnement est de stricte interprétation.
186. Règles d'interprétation. Du cautionnement limité et illimité.
187. A quoi s'étend le cautionnement illimité.

185. Il est de principe que le cautionnement est de stricte interprétation. Celui qui cautionne le débiteur lui rend un service gratuit, et il rend aussi un service au créancier, en ce sens que celui-ci traite en toute sûreté, moyennant la garantie que lui offre la caution. Celle-ci seule n'a aucun intérêt à la convention à laquelle elle accède; elle s'expose à devoir payer sans avoir un recours utile contre le débiteur principal. Quand cette mauvaise chance

se réalise, la caution se trouve avoir donné le montant de la dette, bien qu'elle n'ait pas eu l'intention de faire une libéralité; il n'y a pas de convention plus désavantageuse. C'est une raison décisive pour interpréter le cautionnement dans un sens restrictif (n° 167).

186. C'est dans cet esprit que le code trace des règles d'interprétation du cautionnement : « On ne peut pas étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté » (art. 2015). Cela suppose que l'obligation de la caution a été limitée par la convention; ces limites ne peuvent pas être dépassées; s'il y a doute, le juge doit se prononcer pour le sens restrictif. Lorsque, au contraire, les termes du contrat sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé accéder à tous les engagements du débiteur principal, résultant du contrat qu'il cautionne : « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette » (art. 2015). Les accesoires sont compris dans l'obligation principale; or, la caution a cautionné cette obligation avec toutes ses conséquences. Cela n'empêche pas le cautionnement illimité d'être de stricte interprétation : il n'y a pas deux cautionnements, il n'y en a qu'un seul, plus ou moins étendu, d'après l'intention manifestée par les parties dans le contrat, et l'interprétation du contrat est toujours restrictive (n° 168). Bien entendu que le juge peut et doit interpréter la convention par l'intention des parties contractantes : c'est une règle générale d'interprétation (art. 1156), que nous avons expliquée au titre des *Obligations* (1) (n° 169).

Quand le cautionnement est-il limité, quand est-il illimité? C'est une question de fait que le juge décide d'après les termes de l'acte et d'après l'intention commune des parties. Pothier donne comme exemple le cautionnement d'un bail. Si la caution s'est obligée envers le bailleur pour le *payement des fermages*, elle ne sera pas tenue des autres obligations du preneur, telles que les dommages-intérêts pour dégradations. Si, au contraire, la caution a déclaré cautionner le *bail*, elle sera tenue non-seulement du payement des fermages, mais encore de toutes les obligations résultant du bail, donc des dommages-intérêts auxquels le bailleur aurait droit pour inexécution des engagements du fermier (n° 175).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 442, n° 625.

187. L'article 2016 porte : « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette. » Tels sont les intérêts conventionnels et moratoires ; les uns et les autres sont dus en vertu du contrat auquel la caution a accédé, et, par suite, elle en est tenue.

L'article 2016 ajoute : « Le cautionnement indéfini s'étend même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Il faut donc distinguer. Les frais de la première demande contre le débiteur principal sont toujours à la charge de la caution ; ce sont des frais nécessaires, quand le débiteur ne paye pas. Quant aux frais postérieurs, la caution n'en est tenue que si la demande lui a été dénoncée ; la loi suppose que si la demande est dénoncée à la caution, celle-ci se hâtera de payer, afin d'éviter les frais inutiles ; mais si la demande ne lui a pas été dénoncée, elle ne peut la connaître ; dans ce cas, il serait injuste de lui faire supporter des frais qu'elle a été dans l'impossibilité de prévenir (n°s 178 et 179).

§ V. *De l'obligation de fournir caution.*

Sommaire.

188. Le débiteur peut être obligé de fournir caution par la loi, par le juge ou par la convention.
189. Quelles sont les qualités que les cautions, en général, doivent avoir ?
190. *Quid* si la caution perd une de ces qualités ?
191. Dispositions spéciales concernant les cautions judiciaires et légales.

188. Le débiteur peut être tenu de fournir caution en vertu de la loi, d'un jugement ou de la convention. De là la division du cautionnement en légal, judiciaire et conventionnel (n° 180).

Le cautionnement légal n'existe qu'en vertu d'un texte formel, et les dispositions qui prescrivent l'obligation de fournir caution sont de stricte interprétation. Il ne peut y avoir d'obligation légale sans loi, et l'interprète ne peut étendre les obligations légales, pas même par des raisons d'analogie, parce que étendre une obligation que le législateur a seul le droit d'imposer, ce serait faire la loi. Les cas dans lesquels la caution est ordonnée par la loi sont prévus par les articles 16, 120, 601 et 1518, 626, 771 et 773, 807, 1613, 1653, 2185 du code civil ; les articles 135 et 155 du code de procédure,

et les articles 114 et suiv., 120, 151, 231, 346, 384 et 444 du code de commerce (n° 181).

Le cautionnement est judiciaire lorsque le juge ordonne à l'une des parties de fournir caution pour garantir les droits éventuels de l'autre partie. C'est ce qui arrive quand il accorde une provision, ou qu'il autorise l'exécution provisoire du jugement à charge de donner caution (code de pr., art. 135 et 155. Loi du 25 mars 1841). Il n'y a de caution judiciaire que lorsque le juge l'ordonne de sa propre autorité; quand il statue sur un cas de cautionnement légal ou conventionnel, la caution est, en réalité, légale ou conventionnelle (n° 183).

Le cautionnement conventionnel résulte de la convention des parties contractantes. Quand la convention porte que le débiteur fournira caution, il doit présenter une caution réunissant les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. Si la convention désigne la caution, ou si celle-ci y intervient, c'est au créancier de l'accepter ou de la refuser. Quant aux cautions légales ou judiciaires, il y a des dispositions spéciales (art. 2040-2043) (n° 184).

189. L'article 2018 porte que le débiteur obligé à fournir caution doit en offrir une qui ait les qualités requises. Cette disposition, conçue dans les termes les plus généraux, s'applique à tous les cas où il y a obligation de fournir une caution; il est rationnel que toutes les cautions remplissent les conditions que la loi prescrit, afin que le créancier trouve dans le cautionnement la garantie qu'il y cherche (n° 185). Quelles sont ces conditions?

1° La première condition requise par l'article 2018 est que la caution ait la capacité de contracter. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

2° En second lieu, la caution doit avoir un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation (art. 2018). Par bien suffisant, la loi entend la propriété foncière (art. 2019). Les biens mobiliers ne sont pas pris en considération : c'est une disposition traditionnelle qui s'explique par le peu d'importance que l'on attachait, dans l'ancien droit, à la fortune mobilière (n° 188). La loi fait ex-

(1) Voyez, ci-dessus, n° 185.

ception pour les dettes modiques, sans les définir, ce qui donne au juge un pouvoir discrétionnaire. Il y a une seconde exception, en matière de commerce, c'est-à-dire pour les dettes commerciales; la loi suppose que la caution et les parties sont commerçantes; or, la fortune des commerçants est généralement mobilière (n° 189); il a donc fallu se contenter d'une garantie de biens mobiliers.

La seconde condition présente quelques difficultés que la loi décide. On n'a pas égard aux immeubles litigieux; c'est au juge d'apprécier si la propriété de l'immeuble que la caution présente est litigieuse, c'est-à-dire s'il y a doute sur le point de savoir si l'immeuble appartient à la caution (n° 190). L'article 2019 ajoute que l'on n'a pas égard aux immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Il s'agit de difficultés de fait, de voyages à faire, de relations avec les avocats ou officiers ministériels : le juge appréciera (n° 192).

3° Il y a une troisième condition requise pour qu'une personne puisse être présentée comme caution : il faut que son domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée. La facilité de poursuivre, dit l'Exposé des motifs, fait partie de la solvabilité (n° 193).

190. La loi prévoit le cas où la caution, qui, au moment où elle est reçue, réunissait les conditions prescrites par la loi, devient ensuite insolvable ; le débiteur doit, dans ce cas, en fournir une autre (art. 2020). Chabot, dans son rapport au Tribunat, justifie cette disposition qui est contraire au droit romain. Le cautionnement est la condition expresse de l'obligation; le créancier n'aurait pas traité avec le débiteur si celui-ci ne lui avait fourni une caution bonne et solvable; donc, quand la caution devient insolvable, il est juste que le créancier puisse en exiger une autre, sinon il arriverait que, n'ayant pas voulu traiter avec le débiteur seul, il se trouverait cependant réduit à l'avoir seul pour débiteur. En d'autres termes, le contrat est rompu; pour le maintenir tel que les parties l'ont entendu former, le débiteur doit donner une autre caution au créancier. La loi fait exception à la règle dans le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution; c'est alors le créancier qui est responsable du choix

de la caution; le débiteur a rempli la seule obligation qui lui incombât, celle de fournir la caution exigée par le créancier (nº 195).

Reste à savoir ce que l'on entend par insolvabilité. Ce n'est pas la déconfiture ou la faillite, c'est une insolvabilité légale. L'article 2020 est une suite des articles 2018 et 2019, qui établissent que le débiteur doit donner une caution bonne et solvable, et qui déterminent les conditions requises pour que la caution soit réputée solvable; lorsque l'une de ces conditions vient à manquer, il faut décider qu'il y a insolvabilité (nº 196).

191. La loi contient quelques dispositions spéciales concernant les cautions judiciaires et légales. Ces cautions doivent d'abord remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 La caution judiciaire doit de plus être contraignable par corps (art. 2040); cette condition vient à tomber, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique. Aux termes de l'article 2042, la caution judiciaire ne peut pas demander la discussion du débiteur principal et, par voie de conséquence, l'article 2043 ajoute que celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution. Ces dispositions traditionnelles sont difficiles à justifier. On dit que l'autorité de la justice le demande ainsi, puisque le débiteur contracte avec la justice; à vrai dire, la justice ne contracte jamais, et la garantie du créancier devrait toujours être la même, quel que soit le cautionnement (nº 201).

L'article 2041 contient une disposition commune à la caution judiciaire et à la caution légale : le débiteur est reçu à donner, en place de la caution, un gage en nantissement suffisant. Il y a deux nantissements, le gage et l'antichrèse; la loi ne parle que du gage, parce que le nantissement mobilier offre des facilités de réalisation que ne présente pas le nantissement immobilier. Le débiteur ne serait pas admis à fournir une hypothèque; la loi ne lui en donne pas le droit, et c'est à la loi seule de décider quelle garantie peut remplacer celle qu'elle prescrit (nº 202).

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

---

§ I. *De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.*

N° 1. DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

Sommaire.

192. Quel est le fondement du bénéfice de discussion?
193. Toute caution jouit de ce bénéfice. La caution peut y renoncer.
194. Des conditions requises pour l'exercice du bénéfice de discussion.
195. *Quid* si le créancier ne discute pas les biens?

192. L'article 2021 porte : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens. » Cela ne veut pas dire que le créancier doit d'abord s'adresser au débiteur principal et le constituer en demeure, avant de poursuivre la caution ; la loi dit seulement que lorsque le créancier agit contre la caution, celle-ci peut lui opposer le bénéfice de discussion, ce qui implique que le créancier a le droit d'agir contre la caution avant d'avoir discuté les biens du débiteur, et avant de l'avoir mis en demeure. D'après la rigueur des principes, la caution devrait payer sur les poursuites du créancier, sans que celui-ci pût être forcé à discuter le débiteur, car la caution s'est obligée à payer dès que le débiteur ne paye pas. Le législateur déroge au droit strict par des considérations d'équité. C'est pour cela qu'on appelle *un bénéfice* le droit que l'article 2021 donne à la caution. Le bénéfice suppose que le débiteur présente des moyens de solvabilité, et qu'il serait facile au créancier de le contraindre à l'exécution : pourquoi, dans ces circonstances, imposerait-on l'exécution à la caution? N'est-il pas naturel que le créancier, le seul intéressé, fasse les poursuites, plutôt que la caution, qui n'a aucun intérêt dans la transaction? Quand le cautionnement est gratuit, et c'est le cas ordinaire, il y a un autre motif d'équité : ne faut-il pas

traiter avec quelque faveur la caution qui rend service au créancier et au débiteur, pourvu qu'en définitive le créancier reçoive son payement (nos 203 et 204)?

193. Toute caution jouit du bénéfice de discussion; la loi fait exception pour la caution judiciaire, ce qui confirme la règle (n° 205). Mais la caution peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur. La renonciation est presque devenue de style. Elle peut être tacite, c'est le droit commun. L'article 2021 en contient un exemple : « Quand la caution s'oblige solidairement avec le débiteur, l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. » Ces derniers termes sont trop absolus; la caution solidaire ne devient pas en tout un débiteur solidaire, il y a des différences que nous signalerons. Tout ce que l'article 2021 dit, c'est que la caution solidaire renonce au bénéfice de discussion; l'effet essentiel de l'engagement solidaire contracté par la caution est de la faire considérer comme débiteur principal à l'égard du créancier, en ce sens qu'elle peut être poursuivie comme si elle était tenue seule au payement de la dette (n° 206).

194. Quelles sont les conditions requises pour le bénéfice de discussion? On les a critiquées, parce qu'elles imposent des restrictions au droit de la caution. A vrai dire, il ne s'agit pas d'un droit, mais d'une faveur fondée sur l'équité; or, l'équité veut que l'on tienne aussi compte des droits et des convenances du créancier (n° 210).

1° « Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle (art. 2022). Cela ne veut pas dire que l'exception doit être opposée dès l'entrée en cause, *in limine litis*. Les mots *sur les premières poursuites* ont été ajoutés sur la proposition du Tribunat, et la section de législation en a expliqué la portée. Quand la caution n'oppose pas le bénéfice de discussion, après les premières poursuites, son silence implique qu'elle y renonce; il faut donc voir si son silence a cette signification; partant, la question se résout en une difficulté de fait. Merlin donne cet exemple. La caution prétend que le cautionnement est nul, elle plaide et succombe. Peut-elle encore opposer l'exception de discussion? Oui, car la caution se trouvait dans l'impossibilité d'op-

poser le bénéfice de discussion; si elle l'avait opposé, elle aurait reconnu qu'elle est caution, tandis qu'elle prétend qu'elle ne l'est point (nº 211).

2º « La caution qui requiert la discussion doit avancer les deniers suffisants pour la faire » (art. 2023). Le bénéfice de discussion est établi en faveur de la caution ; il est contraire au droit strict du créancier, puisqu'il est forcé de faire des poursuites qui retardent le payement de la dette, alors qu'il pourrait à l'instant même contraindre la caution à payer. Puisque la discussion se fait dans le seul intérêt de la caution, il est équitable qu'elle en avance les frais (nº 212).

3º « La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal » (art. 2023). En principe, elle doit indiquer tous les biens ; car le débiteur doit être discuté, c'est-à-dire que tous ses biens doivent être saisis et vendus (nº 214). Il y a cependant des biens que la caution ne peut pas indiquer. D'abord ceux qui sont situés hors de l'arrondissement de la cour d'appel du lieu où le payement doit être fait. La loi veut que la discussion soit courte et facile. Elle ne permet pas à la caution d'indiquer des biens litigieux; ce serait obliger le créancier à soutenir des procès, longs et incertains, alors qu'il a dû compter sur une exécution immédiate. Enfin, la loi n'admet pas à la discussion des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. On donne pour motif qu'il pourrait y avoir un long débat avec les détenteurs de ces biens et avec les créanciers (nº 215).

195. « Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par la loi et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur survenue par le défaut de poursuites » (art. 2024). La discussion étant un droit pour la caution, il en résulte une obligation pour le créancier ; si celui-ci ne fait pas de poursuite, il manque à son obligation, et il en doit être responsable. La responsabilité est limitée par le préjudice qui résulte de l'inexécution de l'obligation ; c'est à la caution de prouver quel est ce préjudice, c'est-à-dire ce que la discussion des biens aurait produit. Elle reste tenue de l'excédant, s'il y en a (nº 217).

N° 2. DU BÉNÉFICE DE DIVISION.

Sommaire.

196. Quand plusieurs personnes se rendent cautions du même débiteur pour une même dette, chacune est obligée pour le tout (art. 2025). Néanmoins, la caution poursuivie par le créancier peut exiger qu'il divise son action et la réduise à la part et portion de chaque caution (art. 2026). C'est ce qu'on appelle le bénéfice de division.

Les articles 2025 et 2026 dérogent aux principes généraux qui régissent les obligations contractées par plusieurs personnes. Quand plusieurs débiteurs principaux s'obligent conjointement pour une dette, ils ne sont tenus chacun que pour sa part, à moins qu'il n'y ait stipulation de solidarité. La division entre les débiteurs d'une même dette se fait donc de plein droit, tandis que, entre cofidéjusseurs, la division est un bénéfice qui n'a lieu que lorsque la caution le requiert. Quel est le motif de cette différence? Il est difficile d'en donner une raison juridique. Au Tribunat, le principe traditionnel n'a été admis que sur partage. Ceux qui le combattaient disaient que les cautions ne doivent pas être traitées avec moins de faveur que les débiteurs principaux. Si la division se fait de plein droit entre ceux-ci, pourquoi ne se fait-elle pas de plein droit entre cautions? Le code admet la division si la caution poursuivie la demande; on la trouve donc juste, et si elle est juste, ne fallait-il pas l'établir de plein droit (n° 219)?

De ce que chaque caution est tenue de toute la dette, il ne faut pas conclure que les cofidéjusseurs sont débiteurs solidaires. Il y a une différence capitale. Les débiteurs solidaires ne peuvent pas demander la division de la dette, tandis que les cautions jouissent du bénéfice de division (n° 220); elles ne sont tenues pour le tout que lorsqu'elles n'opposent pas le bénéfice, ou qu'elles y ont

renoncé. Pour qu'il y ait lieu au bénéfice de division, il faut que la caution soit poursuivie; tant que le créancier n'agit point, chaque caution est tenue pour le tout; elle ne peut donc pas offrir au créancier sa part dans la dette, car elle doit le tout. Si l'une des cautions devient insolvable avant que le bénéfice de division ait été opposé, la perte résultant de l'insolvabilité retombe sur les cautions solvables (art. 2026, deuxième alinéa); il n'en serait pas de même si l'insolvabilité survenait après la division, car la division a pour effet que la caution n'est plus débitrice que de sa part virile dans la dette (n° 222).

197. Quelles sont les conditions requises pour que la caution jouisse du bénéfice de division? L'article 2026 n'en prescrit qu'une seule, c'est que la caution exige que le créancier divise son action. Si elle ne l'exige pas, elle reste ce qu'elle est de droit, débitrice du total; et si elle est condamnée comme telle, elle doit payer. En n'opposant pas le bénéfice de division, elle y renonce implicitement (n° 223).

198. La caution peut renoncer au bénéfice de division, puisque c'est une faveur que la loi lui accorde (art. 2026). La renonciation expresse est usuelle dans les actes de cautionnement. Elle peut aussi être tacite : c'est le droit commun. Quand les cautions s'obligent solidairement, elles renoncent par cela même au bénéfice de division (art. 1203).

De son côté, le créancier peut renoncer à l'action pour le tout qu'il a contre les cautions. La renonciation peut être expresse ou tacite. L'article 2027 prévoit un cas de renonciation tacite : « Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division. » Il avait le droit d'agir pour le tout; s'il agit contre le cofidéjusseur pour sa part virile, il renonce par cela même à son action pour le total (n° 226).

199. Quel est l'effet de la division? Il faut distinguer. Si c'est la caution qui oppose le bénéfice, le juge divisera la dette entre les fidéjusseurs solvables (1); les cautions sont tenues, dans ce cas, de l'insolvabilité jusqu'au moment où la condamnation est prononcée par le juge. Quand c'est le créancier qui divise volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division,

(1) Voyez, ci-dessus, n° 196.

quoiqu'il y eût à ce moment des cautions insolvables; le créancier renonce, dans ce cas, au droit que lui donne l'insolvabilité de l'une des cautions; c'est en ce sens que l'article 2027 dit : « Si le créancier a divisé *volontairement* son action. » Le mot *volontairement* implique que le créancier agit en connaissance de cause, sachant qu'il y a une caution insolvable; dès lors on ne peut donner d'autre sens à son action divisée que l'intention de renoncer à l'action pour le tout, qui lui appartient : les cautions ne seront plus que des débiteurs divisés, tenus chacun de sa part divisée (n°s 227 et 228).

§ II. *De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.*

N° 1 DE L'ACTION PERSONNELLE DE LA CAUTION CONTRE LE DÉBITEUR.

Sommaire.

200. Quelle action la caution a-t-elle contre le débiteur?
201. Quel est l'objet de ce recours?
202. Quelle est la condition sous laquelle la caution a droit à un recours?

200. « La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur » (art. 2028). Quand c'est au su du débiteur que le fidéjusseur l'a cautionné, il y a mandat, exprès ou tacite. Si la caution s'engage à l'insu du débiteur, il n'y a plus de mandat, puisqu'il n'y a plus de concours de consentement. Il se forme, dans ce cas, un quasi-contrat de gestion d'affaires; la caution gère volontairement les affaires du débiteur, elle doit donc avoir contre lui l'action de gestion d'affaires. Cette action, en ce qui concerne le cautionnement, a le même fondement et le même objet que celle du mandat; la caution dans l'un et l'autre cas, rend service au débiteur, et elle a droit à être indemnisée complétement (n° 231).

201. Quel est l'objet du recours qui appartient à la caution contre le débiteur? L'article 2029 répond que la caution a un recours tant pour le principal que pour les intérêts. Par *capital*, il faut entendre tout ce que la caution a dû payer au créancier, même les intérêts; à son égard, les intérêts forment une somme principale, aussi bien que le capital de la dette. Par intérêts, on

entend les intérêts de toutes les avances que la caution a faites, même des intérêts qu'elle a dû payer; ce ne sont pas des intérêts des intérêts, puisque tout ce que la caution paye à la décharge du débiteur est un capital. La loi alloue les intérêts à la caution; ils courent donc de plein droit, à son profit, sans qu'elle ait besoin de les demander en justice. La raison en est que la caution doit être complétement indemnisée de ses avances; et elle ne le serait pas, si elle devait agir en justice, pour obtenir les intérêts de ses avances (nos 232 et 233).

La caution a aussi un recours pour les frais; ceux que le créancier a dû faire contre le débiteur sont compris dans la dette principale que la caution est tenue d'acquitter; seulement la loi (art. 2028) veut que le créancier dénonce la poursuite à la caution; elle décide, en conséquence, que la caution doit payer les frais de la première demande et les frais postérieurs à la dénonciation qui lui en est faite. Quant aux frais que le créancier fait contre la caution, celle-ci n'a de recours que pour ceux qu'elle a faits depuis qu'elle a dénoncé les poursuites. La loi veut que la caution dénonce les poursuites au débiteur, parce que le débiteur est intéressé à les arrêter en payant la dette, afin d'éviter des frais inutiles (n° 234).

« La caution a aussi recours pour les dommages-intérêts, s'il y a lieu » (art. 2028). C'est l'application de la réserve faite par l'article 1153. Les intérêts légaux peuvent ne pas indemniser la caution du dommage qu'elle éprouve; dans ce cas, elle a droit à des dommages-intérêts. Il faut que la caution prouve qu'elle a subi une perte, et quel en est le montant; c'est en ce sens que la loi dit, *s'il y a lieu* (n° 235).

202. Quelle est la condition sous laquelle la caution a droit à un recours? Il faut qu'elle ait *payé* (art. 2028), c'est-à-dire, qu'elle ait éteint la dette. La caution qui paye la dette, doit avoir soin d'avertir le débiteur du payement qu'elle a fait; si elle ne l'avertit pas, elle est responsable des suites de sa négligence; c'est ce que dit l'article 2031 : « La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a pas averti du payement par elle fait, sauf son action en répétition contre le créancier. »

L'article 2031 prévoit un second cas dans lequel la caution n'a

point de recours contre le débiteur, quoiqu'elle ait payé la dette. On suppose qu'elle paye sans être poursuivie; elle n'avertit pas le débiteur, et il se trouve que celui-ci avait, lors du payement, des moyens de faire écarter la demande. La loi décide que, dans ce cas, la caution n'aura pas de recours contre le débiteur principal; elle ne lui donne qu'une action en répétition contre le créancier. La caution qui n'avertit pas le débiteur principal est en faute, elle en doit supporter les conséquences (nº 241).

N° 2. DE L'ACTION SUBROGATOIRE.

Sommaire.

203. « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur » (art. 2029). C'est une application du principe établi par l'article 1251, nº 3 : « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » Il faut donc appliquer à la subrogation de la caution ce que nous avons dit de la subrogation légale de l'article 1251, nº 3 (1) (nº 242).

L'action subrogatoire donne à la caution les garanties qui assurent le payement de la dette, notamment les priviléges et hypothèques. Toutefois l'action personnelle peut lui être plus avantageuse. Si la dette ne produit pas d'intérêts, la caution ne pourra pas les réclamer en vertu de l'action subrogatoire, puisque cette action ne lui donne d'autres droits que ceux qui appartiennent au créancier; tandis que, comme mandataire et comme gérant d'affaires, la caution a droit aux intérêts du jour de ses avances (nº 243).

204. L'article 2030 prévoit le cas où le fidéjusseur a cautionné les débiteurs solidaires d'une même dette; s'il paye la dette, il aura contre chacun d'eux la répétition du total de ce qu'il a payé. C'est l'application des principes qui régissent la solidarité et la subrogation. Chacun des codébiteurs solidaires est tenu de toute

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 52, nº 44

la dette, comme s'il était seul et unique débiteur; donc celui qui cautionne tous les codébiteurs est tenu pour chacun d'eux, comme s'il était seul débiteur du total de la dette, et, par conséquent, il est subrogé au créancier pour le total contre chacun d'eux (art. 1200, 1251, 3°).

N° 3. DE L'ACTION EN INDEMNITÉ DE L'ARTICLE 2032.

Sommaire.

205. Il y a des cas où la loi donne une action à la caution contre le débiteur avant qu'elle ait payé, pour être indemnisée par lui (art. 2032) :

1° La caution a une action lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le payement de la dette. Chabot, dans son rapport au Tribunat, en donne comme raison que la caution ne peut jamais être en perte; or, quand elle est menacée de devoir payer, de supporter des frais, ou de fournir les frais nécessaires pour la discussion des biens du débiteur, le cautionnement lui cause un préjudice actuel, quoiqu'elle n'ait pas encore payé : de là l'action en indemnité que la loi lui accorde (n° 252).

2° La caution peut agir en indemnité contre le débiteur, lorsque celui-ci a fait faillite ou est en déconfiture. On suppose que le créancier, trouvant une pleine garantie dans le cautionnement, ne se présente pas à la faillite pour être payé, on ne poursuit pas le débiteur en déconfiture pour être colloqué avec les autres créanciers. Dans ce cas, la caution a le droit d'agir en son nom pour toucher la part du créancier dans la distribution des deniers. Quand le débiteur est en faillite ou en déconfiture, il est certain que la caution devra payer et qu'elle n'aura de recours que celui que lui offre la collocation au passif de la masse; il est donc juste de lui ouvrir ce recours immédiatement (n° 253).

3° La caution peut agir contre le débiteur, « lorsque celui-ci s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ». Si ce temps est expiré, la caution a le droit d'agir, parce qu'elle

ne s'est obligée que sous la condition d'obtenir sa décharge, et cette convention, comme toute autre, doit être exécutée (n° 254).

4° La caution peut agir contre le débiteur, « lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ». Quand la dette est devenue exigible, le créancier a le droit de poursuivre la caution. S'il la poursuit, la caution peut agir contre le débiteur en vertu du n° 1 de l'article 2032. Alors même que le créancier ne fait pas de poursuites, la loi autorise la caution à agir, parce que la caution a intérêt à prévenir les poursuites, et que le débiteur peut devenir insolvable (n° 255).

5° La caution peut agir contre le débiteur, « au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à être éteinte avant un temps déterminé ». La loi permet à la caution d'agir après un certain délai, qu'elle fixe à dix ans, parce qu'il ne faut pas que la caution soit indéfiniment engagée. C'est une des dispositions qui supposent que la caution s'est engagée à titre gratuit, ce qui est, en effet, la règle; or, l'équité s'oppose à ce que celui qui rend un service soit, pendant toute sa vie, exposé à des poursuites. Mais si la disposition est fondée en équité, elle est contraire aux principes, puisqu'elle permet à la caution de se dégager de ses obligations par sa seule volonté. Le législateur a cherché à corriger ce que cette faculté a d'anormal, en la limitant au cas où l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance; si l'obligation dépasse le terme de dix ans, la caution a su, en s'engageant, quelle serait la durée de son engagement; il faut qu'elle le remplisse. Il en est de même si l'obligation, quoique n'ayant pas de terme fixe, ne peut s'éteindre avant un terme fixe; la caution sait encore, dans ces cas, que son engagement aura une certaine durée. La loi cite l'obligation du tuteur; il en serait de même si la caution avait garanti la restitution de la dot, ou une rente viagère, ou les obligations de l'usufruitier (n° 256).

206. Quel est l'objet de l'action que la loi accorde à la caution? L'article 2032 dit que la caution peut *agir*, c'est-à-dire, introduire une demande en justice contre le débiteur pour être

par lui indemnisée. Cette action tend régulièrement à décharger la caution de son engagement; si le débiteur ne lui procure pas sa décharge, elle peut réclamer une indemnité, et il n'y a qu'un moyen d'indemniser la caution, c'est de consigner une somme égale au montant de l'obligation cautionnée (n° 258).

§ III. *De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.*

Sommaire.

207. « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion » (art. 2033). Cette disposition déroge au droit romain. D'après la rigueur des principes, il n'y a aucun lien de droit entre cofidéjusseurs; chacun d'eux ne se propose que l'affaire du débiteur; en payant, ils ne peuvent donc avoir de recours que contre lui. Cette doctrine n'avait pas été admise par la jurisprudence française, parce qu'elle blesse l'équité, qui est l'âme du droit coutumier; l'ancien droit accordait une action à la caution qui a payé, contre ses cofidéjusseurs. Pothier l'appelle *action utile de gestion d'affaires;* il la fonde sur l'équité, qui ne permet pas que les cofidéjusseurs, tenus de la dette aussi bien que la caution qui l'a payée, profitent à ses dépens du payement qu'elle en a fait; en payant, elle a fait l'affaire de ses cofidéjusseurs en même temps que la sienne; il est juste que tous supportent leur part dans un payement dont tous profitent (n° 263).

208. La caution n'a pas un recours dans tous les cas où elle a payé; aux termes de l'article 2033, elle n'a d'action que lorsqu'elle a payé dans l'un des cas énoncés dans l'article 2032, c'est-à-dire, si elle a payé sur les poursuites du créancier, ou lorsque le débiteur était en faillite ou en déconfiture, ou quand le débiteur s'était obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps, ou lorsque la dette était devenue exigible par l'échéance du terme, enfin si elle a payé après dix ans une dette sans échéance fixe. La loi lui donne un recours dans ces cas,

parce qu'elle a payé dans des circonstances où les cofidéjusseurs auraient eu une action en indemnité contre le débiteur, alors, par conséquent, qu'ils avaient le plus grand intérêt à ce que le payement fût fait; c'est à raison de cet intérêt que les cofidéjusseurs doivent supporter une part dans la dette. Hors ces cas, la caution n'a point de recours. Ainsi la caution paye, sans avoir été poursuivie, une dette non échue; elle n'aura pas de recours. L'équité est contre elle, si elle ne s'était pas trop pressée de payer, le débiteur l'aurait fait peut-être, ce qui aurait libéré les autres fidéjusseurs (n° 264).

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

§ I. *De l'extinction directe du cautionnement.*

Sommaire.

209. Le cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.
210. Le principe reçoit une modification, en cas de compensation et de confusion.

209. « L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations » (art. 2034). Il faut donc appliquer au cautionnement les principes que nous avons exposés, au titre des *Obligations,* sur les causes qui éteignent les obligations conventionnelles (1).

210. Ces principes reçoivent cependant quelques modifications dans leur application au cautionnement.

La compensation ne s'opère pas de plein droit quand la caution devient créancière du créancier de l'obligation principale; la raison en est que la caution, quoique débitrice, n'est pas débitrice principale; elle ne peut pas être contrainte de payer, puisqu'elle jouit du bénéfice de discussion. La compensation ne

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 5, ch. VII.

s'opère que du jour où elle a été opposée par la caution (n° 269).

La confusion n'éteint les obligations qu'à raison de l'impossibilité où se trouve le créancier d'en poursuivre l'exécution, et, par conséquent, dans les limites de cette impossibilité. De là suit que les effets de l'obligation résultant du cautionnement subsistent en tant qu'il est possible d'en poursuivre l'exécution (1). L'article 2035 contient une application de ce principe. Quand le débiteur devient héritier de la caution, le cautionnement s'éteint par confusion, en ce sens que le créancier n'a plus deux actions, l'une contre le débiteur, l'autre contre la caution, puisque le débiteur et la caution ne font qu'une seule et même personne. Mais, s'il y a une caution de la caution, le créancier conserve son action contre le certificateur, parce que l'impossibilité de poursuivre la caution n'existe pas à l'égard de celui qui l'a cautionnée (n° 270).

§ II. *De l'extinction du cautionnement par l'extinction de l'obligation principale.*

Sommaire.

211. Le cautionnement s'éteint par l'extinction de l'obligation principale.
212. Application du principe à la dation en payement.
213. Application du principe à la novation.
214. Effet de la remise de la dette sur le cautionnement.

211. Le cautionnement est une obligation accessoire; et comme l'accessoire ne peut subsister sans le principal, l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction du cautionnement. L'application de ce principe soulève quelques difficultés.

212. Le payement éteint la dette; dès lors, il ne peut plus être question de cautionnement. Il en est de même de la dation en payement. Il se présente, dans ce cas, une difficulté, que l'article 2038 décide en ces termes : « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. » En principe, celui qui reçoit une chose en payement de ce qui lui est dû ne libère pas le débiteur d'une manière définitive; il le libère sous la condition que

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 80, n°s 127 et 128.

le débiteur lui transfère la propriété de la chose; si le créancier en est évincé, la dation en payement est nulle, et, par suite, le débiteur n'est pas libéré; et si la dette principale subsiste, le cautionnement devrait aussi subsister. La loi maintient l'extinction du cautionnement, par faveur pour la caution et par une considération d'équité. Lorsque le créancier reçoit une chose en payement de ce qui lui est dû, la dette est échue; partant la caution aurait le droit de poursuivre le débiteur pour être indemnisée; si elle ne le fait pas, c'est qu'elle compte sur la libération résultant de la dation en payement; il serait donc contraire à l'équité de l'exposer indéfiniment au recours du créancier, en cas d'éviction (n° 281).

213. « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions » (art. 1281). Quand y a-t-il novation? Nous renvoyons au titre des *Obligations* (1). L'article 2039 contient une application des principes que nous y avons posés : il porte que « la prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement ». Proroger un terme n'est certes pas nover, puisque accorder un terme n'emporte pas novation. Cependant la prorogation du terme peut devenir nuisible à la caution, si le débiteur tombe en déconfiture; l'insolvabilité rejaillira sur le fidéjusseur, quoiqu'il n'ait pas consenti à la prorogation. C'est pour ce motif que la loi permet à la caution de forcer le débiteur à payer. La prorogation, ainsi interprétée, semble inutile, puisque le débiteur, s'il ne peut pas être poursuivi par le créancier, peut l'être par la caution. Mais il peut se mettre à l'abri de ces poursuites, en prenant des arrangements avec la caution, dont le seul intérêt est d'obtenir des sûretés contre le danger de l'insolvabilité (n° 278).

214. Les articles 1287 et 1288 contiennent des dispositions sur l'effet de la remise de la dette en ce qui concerne le cautionnement. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (2).

Nous avons exposé aussi, au titre des *Obligations*, l'effet de la compensation et de la confusion sur le cautionnement (3) (art. 1294 et 1301).

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 65, nos 101 et 102.
(2) Voyez le t. III de ce cours, p. 76, n° 120, et p. 82, nos 132-135.
(3) Voyez le t. III de ce cours, p. 54, n° 82.

§ III. *Des exceptions que la caution peut opposer.*

Sommaire.

215. « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette; » on les appelle exceptions *réelles.* « Elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur » (art. 2036).

Les vices du consentement, l'erreur, le dol, la violence, donnent une exception au débiteur dont le consentement est vicié. Cette exception est réelle. En effet, les vices d'erreur, de dol ou de violence sont attachés au contrat même, puisqu'il ne peut exister de contrat sans le consentement de la personne qui s'oblige; et il n'y a point de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur, ou extorqué par violence, ou surpris par dol; le cautionnement ne peut donc exister si l'obligation principale est annulée ou rescindée.

Les causes d'incapacité, telles que la minorité et l'interdiction, produisent des exceptions personnelles. Cela résulte de l'article 2012. Le mineur peut faire annuler, pour cause d'incapacité, l'obligation qu'il a contractée, et il peut opposer au créancier l'exception de nullité; tandis que la caution ne peut pas s'en prévaloir. Quelle en est la raison? Chabot répond qu'au moment où la caution s'est obligée, elle a pu prévoir que le débiteur se ferait restituer; elle s'est donc volontairement exposée au risque de la restitution; et c'est pour se garantir de la restitution que le créancier a exigé un cautionnement (n° 295).

216. L'article 2037 donne à la caution l'exception *cedendarum actionum.* « Elle est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » Quand la dette principale est garantie par des hypothèques, des priviléges ou d'autres sûretés, la caution s'engage en vue de ces garanties

qui lui assurent son remboursement si elle paye la dette, puisque, par le payement, elle est subrogée à tous les droits du créancier. La subrogation est donc une condition de son engagement; de là suit que si, par son fait, le créancier a rendu la subrogation impossible, la caution doit être déchargée. L'article 2037 semble dire que la caution est libérée de plein droit; cela n'est pas exact. La libération ne peut pas se faire de plein droit, puisqu'elle dépend de la preuve d'un fait. C'est sur la poursuite du créancier que la caution lui oppose une exception, fondée sur ce qu'il a rendu la subrogation impossible. On devrait donc l'appeler exception de subrogation. La doctrine a conservé l'expression traditionnelle, qui suppose que la caution doit se faire céder les actions; il en était ainsi en droit romain; en droit moderne, la cession d'actions a été remplacée par la subrogation légale (n° 302).

Que faut-il entendre, dans l'article 2037, par les mots *fait* du créancier? Est-ce seulement un fait positif, tel que la renonciation à l'hypothèque, ou est-ce aussi la simple négligence par suite de laquelle le créancier perd ses droits? D'après le principe, tel que nous venons de l'établir, il faut décider que toute faute du créancier qui a pour conséquence de faire périr les garanties de la créance entraîne la décharge de la caution. La caution s'engage sous la condition d'être subrogée aux droits du créancier, et le créancier s'oblige à conserver ces garanties. Dès que le créancier ne remplit pas cette obligation, il est responsable; or il ne la remplit pas lorsque ses droits périssent par sa faute, et les fautes se commettent par négligence, aussi bien que par un fait positif (n° 310).

TITRE XVI.

(TITRE XV DU CODE CIVIL.)

DES TRANSACTIONS

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ I. *Définition et caractères.*

Sommaire.

217. Critique de la définition de l'article 2044.
218. Le droit doit être douteux. S'il est certain, il n'y a pas de transaction.
219. Il doit y avoir un sacrifice réciproque. La transaction est un contrat bilatéral
220. Différence entre la transaction et le compromis.

217. « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » (art. 2044). Tous les auteurs critiquent cette définition. On peut l'appliquer à des actes qui ne sont pas des transactions, et, d'autre part, elle ne contient pas tous les éléments essentiels qui distinguent ce contrat. Le désistement que le demandeur donne de ses prétentions termine le procès, et néanmoins ce n'est pas une transaction, ce n'est pas même un contrat, c'est un acte unilatéral que le défendeur ne doit pas accepter. De même l'acquiescement pur et simple du défendeur à l'action formée contre lui termine aussi le procès, et ce n'est pas non plus une transaction; le tuteur peut acquiescer avec l'autorisation du conseil de famille, tandis que, pour transiger, il faut de plus l'avis de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal (art. 467).

Ce qui distingue la transaction des autres faits juridiques dont l'objet est également de terminer une contestation, c'est qu'elle implique un sacrifice réciproque, tandis que le désistement et l'acquiescement sont une simple renonciation du demandeur ou

du défendeur. Il faut donc ajouter à la définition de l'article 2044, que les parties, en transigeant, renoncent chacune à une partie de leurs prétentions, ou se font des concessions réciproques (n° 323).

218. La transaction termine une *contestation* née ou prévient une *contestation* à naître. Il faut que le droit soit contesté ou susceptible de l'être; c'est parce que le droit est douteux que les parties transigent. Cela est de l'essence de la transaction. Si le droit était certain, il n'y aurait plus de motif juridique de transiger, la transaction n'aurait plus d'objet, partant elle serait inexistante, puisqu'elle serait sans cause (art. 1131). Quand un droit est-il douteux? C'est une question de fait. Une contestation qui n'est pas douteuse pour le jurisconsulte, peut être très-douteuse pour les parties qui transigent. Vainement dirait-on que, dans ce cas, elles se trompent; elles sont souvent dans l'erreur quand elles transigent, mais la loi n'admet pas l'erreur de droit comme une cause de nullité des transactions (n°s 324 et 325).

219. La transaction implique un sacrifice réciproque : il n'y a point de transaction si l'une des parties ne donne ou ne promet rien. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs, qu'il y a transaction quand l'une des parties *se désiste* entièrement de ses prétentions. Cela n'est pas exact. Le désistement est un fait unilatéral, et la transaction est un contrat synallagmatique. On doit donc appliquer à la transaction les principes qui régissent les contrats bilatéraux (1), tandis que ces principes ne s'appliquent pas au désistement (n°s 327 et 328).

220. La transaction a une grande analogie avec le compromis : les deux conventions ont pour objet de terminer un procès. Il y a toutefois une différence essentielle, c'est que, par le compromis, les parties intéressées constituent un juge de leur choix, chargé de rendre un jugement; et par la transaction, les parties elles-mêmes terminent leurs différends. Voilà pourquoi le tuteur peut transiger, tandis qu'il ne peut pas compromettre. Les deux actes produisent aussi des effets différents. Nous signalerons une de ces différences. Les jugements arbitraux peuvent être attaqués par simple opposition à l'ordonnance d'exécution; cette disposition n'est pas applicable à la transaction (n° 330).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 340, n° 364.

§ II. *Des conditions requises pour la validité des transactions.*

N° 1. LE CONSENTEMENT.

Sommaire.

221. Du consentement et des vices du consentement.
222. De l'erreur sur l'objet et de l'erreur dans la personne.

221. Le consentement est requis pour l'existence même de la transaction, puisque, sans consentement, il n'y a point de contrat. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (1) (n° 331).

Les vices du consentement, l'erreur, la violence et le dol, n'empêchent pas la transaction d'exister, mais ils donnent lieu à une action en nullité. On applique le droit commun (2) (art. 1117 et 2053). Le code contient cependant quelques dispositions spéciales aux transactions. L'article 2052 porte qu'elles ne peuvent être attaquées pour cause d'*erreur de droit*, ni pour cause de lésion. Quant à la lésion, l'article 2052 n'est que l'application de l'article 1118, d'après lequel la lésion n'est pas, en général, un vice de consentement (3). Il n'en est pas de même de l'erreur de droit qui vicie le consentement aussi bien que l'erreur de fait. En ce point, la loi déroge au droit commun ; nous y reviendrons, en traitant de la nullité de la transaction.

222. L'article 2053 porte : « Néanmoins, une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence. » Cette disposition est mal rédigée. Il était inutile de parler du dol et de la violence, puisque le code ne déroge pas, en cette matière, aux principes généraux. Quant à l'erreur sur l'objet, c'est plus qu'une cause de rescision de la transaction : l'erreur sur l'objet se confond avec l'erreur sur la cause, ou la fausse cause, or la fausse cause entraîne l'inexistence du contrat (4) (n° 332).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 346, n° 471.
(2) Voyez le t. II de ce cours, p. 361, n° 500.
(3) Voyez le t. II de ce cours, p. 352, n° 482.
(4) Voyez le t. II de ce cours, p. 387, n° 539.

Reste l'erreur dans la personne. En général, cette erreur ne vicie pas les contrats à titre onéreux, parce qu'ils ne se font point en considération de la personne. L'article 2053 déroge à l'article 1110, puisqu'il admet l'erreur dans la personne comme une cause de rescision des transactions. Le législateur suppose que les transactions se font par des considérations personnelles (n° 333).

N° 2. DE LA CAPACITÉ.

Sommaire.

223. « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction » (art. 2045). La raison en est que la transaction suppose des sacrifices réciproques. Chacun des contractants renonce à une partie de ses prétentions; or, renoncer, c'est aliéner; il faut donc avoir la capacité d'aliéner pour transiger. De là suit que ceux qui sont capables de s'obliger, mais incapables d'aliéner, ne peuvent pas consentir de transaction. Par le mot *disposer*, il faut entendre aliéner à titre onéreux; quelque grands que soient les sacrifices que l'une des parties fait, on ne peut pas dire qu'elle fasse une libéralité, car elle reçoit une compensation en retour (n° 335).

224. Il suit de là que les incapables ne peuvent pas transiger; les femmes mariées ne le peuvent qu'avec autorisation maritale; les mineurs et interdits sont représentés par leur tuteur (n°s 337-339).

L'article 2045 porte que les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de l'empereur. Cette disposition a été modifiée, quant aux communes, par la loi communale qui permet aux communes de transiger; mais leurs délibérations, à cet égard, sont soumises à l'approbation de la députation permanente du conseil provincial (loi du 30 mars 1836, art. 77, 3°).

Les conseils provinciaux peuvent transiger; leurs délibérations ne sont soumises à l'approbation du roi, que lorsque la valeur excède dix mille francs (loi prov., art. 86).

225. Ceux qui sont chargés par la loi, ou en vertu de la loi, d'administrer les biens d'autrui n'ont pas le pouvoir de disposer, pas même du mobilier; ils ne peuvent donc pas transiger : tels sont les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, les tuteurs, les maris. Le tuteur ne peut transiger qu'en remplissant les formalités prescrites par la loi (n°s 345-349).

N° 3. DE L'OBJET DES TRANSACTIONS.

Sommaire.

226. On peut transiger sur toute espèce de droits, notamment sur les dommages-intérêts naissant d'un délit.

227. On ne peut transiger sur des droits qui ne sont pas dans le commerce, notamment sur l'état. Mais on peut transiger sur les droits pécuniaires qui sont attachés à l'etat.

226. On peut, en général, transiger sur toute espèce de droits dès qu'ils sont douteux. L'article 2046 contient une application du principe; il porte : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public. » Tout délit donne lieu à deux actions, l'action publique et l'action civile. Il est d'évidence que la partie lésée ne peut pas transiger sur la poursuite du ministère public qui agit dans un intérêt social; mais elle peut transiger sur l'action en dommages-intérêts qui lui appartient contre l'auteur du fait dommageable. Cette transaction n'a rien de commun avec l'action du ministère public, elle ne l'entrave pas, et elle ne l'aide point (n° 354).

227. Le principe qui permet de transiger sur toute espèce de droits suppose qu'il s'agit de droits d'intérêt privé que le législateur abandonne aux libres conventions des parties contractantes; elles peuvent disposer de ces droits, donc elles peuvent aussi transiger sur les contestations qui en naissent. Mais il y a des droits dont les parties ne peuvent pas disposer, ce sont ceux qui ne sont pas dans le commerce. Cette règle reçoit de nombreuses applications dans les matières d'état. Le législateur règle

l'état ainsi que la capacité ou l'incapacité qui en résulte, par des considérations d'intérêt social ; l'état est d'ordre public et partant il ne peut faire l'objet d'une transaction. On ne transige pas sur la nationalité ; on ne transige pas sur l'état d'enfant légitime ou naturel. Mais on peut transiger sur les droits pécuniaires attachés à l'état, notamment sur l'hérédité. Quoique le droit de succéder dérive de l'état, il ne se confond pas avec l'état, il en diffère par son essence puisqu'il est d'ordre privé ; à ce titre, il est dans le commerce, partant il peut faire l'objet de conventions et de transactions (nos 355 et 356).

N° 4. FORMES.

Sommaire.

228. La transaction doit être rédigée par écrit. En quel sens?
229. La preuve testimoniale est rejetée d'une manière absolue. *Quid* de l'aveu et du serment?

228. Après avoir défini la transaction, l'article 2044 ajoute : « Ce contrat doit être rédigé par écrit. » Cela ne veut pas dire que la transaction est un contrat solennel. Pour qu'un contrat soit solennel, il faut que la loi le dise ; car, en règle générale, les formes ne sont prescrites que pour la preuve ; c'est par exception que les formes sont de la substance du contrat ; il en est ainsi de la donation, du contrat de mariage et de l'hypothèque. Or, l'article 2044 se borne à dire que la transaction doit être rédigée par écrit, ce qui exclut la preuve testimoniale. C'est en ce sens que le rapporteur du Tribunat explique la loi, et il en donne la raison. La transaction doit terminer un procès ; il faut donc écarter la preuve testimoniale et exiger un écrit, pour empêcher qu'un nouveau procès ne s'élève sur la preuve. Voilà pourquoi la loi rejette la preuve testimoniale, même dans les cas où, d'après le droit commun, elle serait admissible (n° 367).

Il y a des cas dans lesquels la transaction est soumise à des formes particulières, sans cependant qu'elle devienne un contrat solennel. Le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'en observant les formalités prescrites par l'article 467. Nous ren-

voyons au titre de la *Tutelle* (1), ainsi que pour les traités qui interviennent entre le mineur devenu majeur et son tuteur, sur le compte de tutelle (2) (art. 472).

229. La loi exclut la preuve testimoniale en termes absolus, donc alors même qu'il y a un commencement de preuve par écrit; il y aurait toujours incertitude sur la valeur des témoignages, à raison de la nature particulière des témoignages qui gît en points de droit; et cette incertitude ferait naître des procès que la transaction a pour objet de terminer ou d'empêcher (n° 376). Mais la loi n'exclut point les autres preuves; la transaction peut donc être prouvée par l'aveu et par le serment (nos 378 et 379).

CHAPITRE II.

EFFETS DE LA TRANSACTION.

Sommaire.

230. De la clause pénale ajoutée à la transaction.
231. La transaction donne aux parties une exception analogue à celle de la chose jugée.
232. Interprétation des transactions.
233. La transaction est-elle translative ou déclarative de droit?
234. Les transactions sont-elles indivisibles?

230. L'article 2047 porte que l'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Cette disposition est inutile; la clause pénale est de droit commun et peut être ajoutée à tous les contrats. Si la loi en parle dans notre titre, c'est parce qu'elle est d'usage dans les transactions. Les passions des hommes ne respectent pas toujours les conventions, même les plus sacrées, et il n'y a pas de passion plus tenace que l'intérêt; on transige, puis on regrette d'avoir fait des concessions, et l'on cherche à revenir sur ce qui a été

(1) Voyez le t. I de ce cours, p. 399, n° 403.
(2) Voyez le t. I de ce cours, p. 404, n° 413.

fait. Pour assurer l'irrévocabilité des transactions, les parties y ajoutent souvent une peine (n° 380).

231. « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (art. 2052). Elles ont le même but que les jugements, c'est de mettre fin au litige, et elles ont le même effet, en ce sens qu'il en résulte une exception analogue à celle de la chose jugée. L'exception de transaction, comme celle de chose jugée, est donnée aux parties afin d'empêcher que le différend terminé par la transaction ne soit reproduit en justice. Les conditions sont les mêmes (n° 384).

Les transactions, de même que les jugements, n'ont d'effet qu'entre les parties. L'article 2051 contient une conséquence de ce principe : « La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux » (n° 386).

Pour qu'il y ait lieu à l'exception de transaction, il faut, comme pour celle de chose jugée, qu'il y ait identité d'objet. L'article 2050 se rattache à cette condition : « Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est pas, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure. » Voici comment l'orateur du gouvernement explique cette disposition. Un mineur transige avec son tuteur sur la part qu'il avait, de son chef, dans la succession de son frère; il devient ensuite héritier de son frère pour l'autre part. Le tuteur pourra-t-il lui opposer la transaction qui est intervenue entre eux? Non, parce que l'objet est différent; c'est sur sa part héréditaire que le mineur a transigé, ce n'est pas sur la part héréditaire de son frère. Donc il n'y a pas lieu à l'exception de transaction, la condition de l'identité d'objet faisant défaut (n° 387).

232. Le code contient encore quelques dispositions qui se rattachent aux conditions de la chose jugée : « Les transactions, dit l'article 2048, se renferment dans leur objet », et l'article 2049 ajoute que « les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris ». Cette règle d'interprétation résulte de la nature des transactions; elles impliquent que chacun des contractants sacrifie une partie de ses droits; or, les renonciations sont de droit strict; on ne peut jamais les étendre. Il faut s'en tenir à

la volonté de celui qui renonce. C'est ce que dit l'article 2049 : « Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions *spéciales* ou *générales*, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé. » C'est dire que l'on ne doit pas s'attacher aux termes. L'article 2048 dit la même chose : « La renonciation à *tous* droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. » Ces règles d'interprétation ne sont que l'application de celles que le code établit au titre des *Obligations* (1) (art. 1156 et 1163). Nous y renvoyons (nº 388).

233. La transaction est-elle translative ou déclarative de propriété? L'opinion générale est que la transaction est simplement déclarative des droits qui faisaient l'objet de la contestation. Cela résulte de l'intention des parties contractantes. Quand une transaction me reconnaît la propriété d'une partie du fonds que je revendiquais contre Paul, je n'entends pas dire que j'acquiers cette propriété comme si je l'achetais, je prétends avoir été propriétaire de tout le fonds, et si je me contente d'une partie, c'est pour éviter les ennuis et les frais d'un procès ; ma prétention est donc d'avoir toujours été propriétaire de la partie du fonds qui m'est délaissée. La prétention de Paul est la même; il soutient aussi qu'il était propriétaire de tout le fonds; à plus forte raison soutient-il qu'il a toujours été propriétaire de la partie du fonds qu'il conserve. Ainsi, il résulte de l'intention des contractants que la transaction ne donne à aucune des deux parties un droit nouveau; donc elle ne forme pas un titre d'acquisition. Tel n'est pas non plus l'objet de ce contrat; il a seulement pour but et pour effet de mettre fin à une contestation (nº 393).

Il y a cependant des cas où la transaction contient une translation de propriété. La translation a essentiellement pour objet des droits douteux, et d'ordinaire elle est limitée à ces droits. Mais si les parties y font entrer un droit certain, lequel, par leur volonté, passe d'une tête sur l'autre, il y a certes transport de propriété; mais ce n'est pas par la transaction proprement dite, c'est par la convention qui s'y rattache. Sur une action en reven-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 442, nº 625, et p. 444, nº 632

dication d'un fonds, nous transigeons, à la condition que vous me céderez telle maison dont vous êtes propriétaire; il y a, dans ce cas, translation de propriété de la maison, mais ce transport n'est pas l'effet de la transaction, car la propriété de la maison ne faisait pas l'objet de notre différend; nous ne transigeons pas sur ce droit, donc s'il change de main, c'est par un concours de volontés qui se joint à la transaction, mais qui n'est pas la transaction (nº 394).

234. On admet que les transactions sont indivisibles, en ce sens que, s'il y a plusieurs chefs de contestation, la convention ne peut être annulée pour partie et maintenue pour partie. Le code ne formule pas le principe, mais il en contient une application, sur laquelle nous reviendrons (art. 2057). On ne doit pas le prendre dans un sens absolu. C'est une question d'intention. D'ordinaire l'intention des parties contractantes sera que les diverses parties ne soient pas scindées; mais la loi ne fait pas de ce fait une présomption, puisqu'elle n'établit pas même le principe. Celui qui demandera que la transaction soit divisée sera admis à prouver qu'elle est divisible, sauf à l'autre partie à prouver le contraire (nº 400).

CHAPITRE III.

DE LA NULLITÉ DES TRANSACTIONS.

Sommaire.

235. Du dol, de la violence et de l'erreur.
236. De la lésion. De l'erreur de calcul.
237. Du cas prévu par l'article 2054.
238. Du cas prévu par l'article 2055.
239. Du cas prévu par l'article 2056.
240. Du cas prévu par l'article 2057.

235. « La transaction peut être rescindée dans tous les cas où il y a dol ou violence » (art. 2053). C'est le droit commun auquel nous renvoyons (1) (nº 404).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 556-561.

Les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit (art. 2052). Quelle en est la raison? L'orateur du gouvernement répond qu'en général les erreurs de droit ne s'excusent point. Bigot-Préameneu s'est trompé. Ce qui a induit en erreur les auteurs du code, c'est qu'en droit romain, l'erreur de droit n'était pas admise comme vice de consentement. Le code n'a point reproduit cette doctrine (1), et il aurait aussi dû la rejeter en matière de transaction (n°s 405 et 406).

« Une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur *dans la personne* ou sur l'*objet de la contestation* » (art. 2053). C'est l'application du droit commun. Quand l'erreur sur l'objet porte, non sur une qualité substantielle de la chose, mais sur la chose même, il y a absence de consentement, et, par suite, la transaction est plus que nulle, elle est inexistante. Il en serait ainsi si deux personnes avaient plusieurs différends; elles se proposent de transiger, mais l'une entend transiger sur tel différend, et l'autre sur un autre différend ; dans ce cas, il n'y a pas concours de volontés, donc pas de contrat (n° 407).

236. La transaction ne peut pas être attaquée pour cause de lésion (art. 2052). Tout est incertain dans la transaction, puisqu'elle porte sur un droit douteux. Il y a donc quelque chose d'aléatoire dans ce contrat : celle des parties qui aurait obtenu gain de cause, en plaidant, perd en transigeant, tandis que l'autre y gagne. Cependant la première ne peut pas dire qu'elle a été lésée, car elle a traité sur l'incertitude du droit, elle a consenti à un sacrifice pour acheter le repos et la paix ; en ce sens, elle n'est jamais lésée (n° 408). Tel est, du reste, le droit commun pour tous les contrats (2) (n° 409).

L'erreur de calcul ne vicie pas le consentement ; elle ne donne donc pas lieu à une action en rescision ; mais la loi veut qu'elle soit corrigée (art. 2058). Il y aurait mauvaise foi, de la part des parties intéressées, à maintenir une inexactitude qui se trouve en opposition avec les bases mêmes de la transaction ; or, les conventions doivent être exécutées de bonne foi (3) (n° 411).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 555, n° 488.
(2) Voyez le t. II de ce cours, p. 552, n° 482.
(3) Voyez le t. II de ce cours, p. 591, n° 545.

237. « Il y a lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité » (art. 2054). Pourquoi la transaction est-elle nulle quand le titre sur lequel elle est intervenue est nul? C'est que la nullité du titre a pour effet qu'il n'y a point de titre; or, quand il n'y a pas de titre, il n'y a point de droit douteux sur lequel on puisse transiger, donc il ne peut y avoir de transaction. Ce serait une convention sans cause.

L'exception prévue par l'article 2054 suppose que les parties ont expressément traité sur la nullité; dans ce cas, la transaction est valable, parce que la question de savoir si le titre est nul aura paru douteuse aux contractants, et elle l'est souvent. Ce doute pouvait donner lieu à une contestation, ou il y a déjà procès; les parties le préviennent ou y mettent fin en transigeant. Pour que l'exception soit applicable, la loi veut que les parties aient expressément traité sur la nullité, afin de prévenir une nouvelle contestation sur le point de savoir si l'on est dans l'exception ou dans la règle (n°s 413-415).

238. « La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle » (art. 2055). On suppose que le fait juridique sur lequel les parties ont transigé était constaté par des actes que les parties croyaient vrais et qui ont été ensuite reconnus faux. Cela implique que le fait juridique n'existait point; et, le faux étant reconnu, il est prouvé qu'il n'y avait point de droit sur lequel on pût transiger; dès lors la transaction tombe. Elle est sans objet, donc sans cause et partant inexistante (n° 418).

L'article 2055 déclare la transaction *entièrement* nulle. On suppose qu'il se trouve dans une transaction plusieurs chefs indépendants les uns des autres, et que la pièce fausse ne concerne que l'un des chefs. En droit romain, la transaction n'était nulle que pour ce chef. Le code l'annule pour le tout, parce que la transaction est indivisible. Comme l'indivisibilité tient à l'intention des parties contractantes, il eût été plus juridique d'en abandonner l'appréciation aux tribunaux (n° 419).

239. « La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles

n'avaient point connaissance, est nulle » (art. 2056). Il n'y a plus, dans ce cas, l'ombre d'un doute, puisque la chose jugée est réputée être la vérité; par suite, la transaction est sans objet et sans cause, partant inexistante. C'est ce que dit l'orateur du Tribunat.

L'article 2056 ajoute : « Si le jugement, ignoré des parties, était susceptible d'appel, la transaction sera valable. » Il est difficile de justifier cette disposition. Si la partie gagnante avait eu connaissance du jugement, elle n'aurait pas transigé, ou elle l'aurait fait à des conditions avantageuses. La loi aurait dû tenir compte du changement que la décision du premier juge apporte dans la situation des plaideurs, en permettant à la partie gagnante de demander la nullité de la transaction pour cause d'erreur (n° 420).

240. Après avoir transigé, les parties découvrent des titres qui leur étaient inconnus lors de la transaction; ces titres prouvent que l'un des contractants n'avait aucun droit sur l'objet compris dans le traité. Quelle sera l'influence de cette découverte sur la transaction? L'article 2057 distingue :

« La transaction sera nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il est constaté, par les titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit. » La raison en est que, dans ce cas, il n'y avait pas de question douteuse qui pût être l'objet de la transaction, et la transaction sur un droit non douteux est une convention sans cause, donc inexistante.

« Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont pas une cause de rescision. » C'est une conséquence du principe de l'indivisibilité des transactions. L'application que la loi en fait est trop absolue; l'indivisibilité est fondée uniquement sur l'intention des parties contractantes; il fallait donc laisser au juge le soin d'apprécier leur volonté (n°s 423 et 424).

L'article 2057 prévoit encore un cas, dans lequel la découverte de titres inconnus à l'une des parties vicie la transaction, quoique générale, c'est lorsque ces titres ont été retenus par le fait de l'autre partie : ce fait est un dol, et le dol vicie tous les contrats.

D'un autre côté, on ne peut pas présumer une renonciation de la partie qui est de bonne foi, car ce serait renoncer à se prévaloir du dol dont elle est victime, et une pareille renonciation serait contraire aux bonnes mœurs.

TITRE XVII.

(TITRE XVI DU CODE CIVIL.)

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE.

Sommaire.

241. La contrainte par corps a été supprimée en Belgique, sauf quelques restrictions, par la loi du 27 juillet 1871, et en France par la loi du 22 juillet 1867. Cette voie d'exécution viole la liberté individuelle, le plus naturel des droits que nos constitutions inscrivent parmi les droits de l'homme. La contrainte par corps suppose que le débiteur engage sa personne, c'est-à-dire sa liberté et même sa vie pour garantir le payement de ce qu'il doit. Ne paye-t-il pas, le créancier saisit son gage vivant, il en fait son esclave et, dans la haute antiquité, l'esclavage donnait au maître le droit de vie et de mort. Cet horrible droit était gravé sur la loi des XII Tables : « S'il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le corps du débiteur. S'ils coupent plus ou moins, qu'ils n'en soient pas responsables. » Le principe est faux. Celui qui s'oblige oblige ses biens, il n'engage pas sa liberté, parce que la liberté n'est point dans le commerce. Comment s'expliquer ce mépris de la liberté chez un peuple libre? L'antiquité ne connaissait point la liberté de l'homme : elle ne pouvait la connaître, alors que toutes les nations pratiquaient l'esclavage, et que les philosophes le justifiaient. La servitude pour dettes ne pouvait disparaître qu'avec la servitude personnelle; il fallut pour cela de

nouvelles races, un nouvel état social. La liberté moderne a ses racines dans les forêts de la Germanie.

L'esprit d'individualité qui caractérise les Germains transforma toutes les relations sociales en introduisant l'idée de personnalité et de droit là où chez les anciens il y avait absence complète de droit et, par suite, l'empire absolu du maître sur l'esclave. L'esclave devint un homme. C'est la plus profonde révolution qui se soit accomplie dans l'humanité. Elle profita aux débiteurs insolvables. Les coutumes reconnurent des droits au débiteur en face de son créancier, comme elles en reconnurent aux serfs en face de leur suzerain. C'était ruiner l'esclavage pour dettes dans son essence. La prison domestique, avec ses occultes vengeances, fit place à la prison publique. L'emprisonnement pour dettes cessa d'être une exploitation de la personne, pour devenir une garantie en faveur du créancier contre la mauvaise foi du débiteur.

Arrivée à ce terme, la contrainte par corps devait disparaître. Les parties sont libres de stipuler telles garanties qu'elles veulent, sauf celles qui portent atteinte à la liberté. Il n'y a qu'une cause qui légitime la privation de la liberté, c'est la peine infligée à celui qui commet un délit. Quand il n'y a que des intérêts privés en cause, le créancier doit se contenter des garanties qu'offrent les biens du débiteur, et des cautionnements ou hypothèques que des tiers fournissent. La liberté de la personne ne peut devenir l'accessoire d'intérêts pécuniaires : ce serait violer la personnalité humaine dans son essence (n° 432).

242. La loi belge n'abroge pas la contrainte par corps d'une manière absolue; elle la maintient en certains cas. Cela est illogique. La liberté ne se scinde pas ; la maintenir en partie seulement, c'est la violer en partie. Ces restrictions ont été admises pour mettre fin au conflit que le projet de loi avait élevé entre le sénat et la chambre des représentants. La chambre, d'accord avec le gouvernement, voulait l'abolition complète; le sénat voulait des restrictions, qui ont fini par être admises. Ces transactions avec le droit et la vérité ne sont pas de notre goût; en mutilant la vérité, elles la faussent et elles égarent la conscience publique (n° 431).

Voici les dispositions de la loi nouvelle qui concernent le droit

civil. La contrainte par corps peut être prononcée pour les restitutions, dommages-intérêts et frais lorsqu'ils sont le résultat d'un fait prévu par la loi pénale ou d'un acte illicite commis méchamment ou de mauvaise foi (art. 3). C'est-à-dire que l'action civile, naissant d'un délit criminel, et l'action en dommages-intérêts, naissant d'un délit civil, peuvent être sanctionnées par l'emprisonnement du débiteur.

La contrainte par corps n'a lieu que pour une somme excédant trois cents francs ; la durée de l'emprisonnement est fixée par le juge, d'après la gravité de la faute commise et l'étendue du dommage ; elle ne peut excéder une année. On ne peut prononcer la contrainte par corps contre les personnes civilement responsables du fait, contre ceux qui ont atteint leur soixante et dixième année, contre les femmes et les mineurs et contre les héritiers du débiteur (art. 4-6).

TITRE XVIII.

(TITRE XVII DU CODE CIVIL.)

DU NANTISSEMENT.

Sommaire.

243. « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (art. 2071). Il suit de là que le nantissement est un contrat réel, à la différence de l'hypothèque, qui ne transmet pas la possession de la chose au créancier. La différence tient à l'essence même du nantissement. Le but de ce contrat est d'offrir au créancier une sûreté pour son payement. Quand une chose mobilière est donnée en nantissement, elle est frappée d'un droit réel, qui donne au

créancier le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers; or, l'exercice de ce privilége serait impossible si le créancier n'était pas en possession de la chose; en effet, si le débiteur l'aliénait, le droit du créancier deviendrait illusoire, les meubles n'ayant pas de suite (loi hyp., 46; code civ., 2119). Pour que le nantissement mobilier donne une garantie au créancier, il faut que celui-ci soit mis en possession du gage. Quant au nantissement immobilier, il donne au créancier le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, ce qui implique encore qu'il est en possession de la chose. Il n'en est pas de même de l'hypothèque; la sûreté qu'elle confère au créancier consiste à exproprier l'immeuble et à se faire payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers; il ne faut pas pour cela que la chose soit en la possession du créancier, puisque l'hypothèque donne le droit de suite (n° 435).

244. Il résulte encore de la définition du nantissement que c'est un contrat accessoire; il a pour objet d'assurer le payement d'une dette principale. S'il n'y avait pas de contrat principal, il ne pourrait y avoir de nantissement. La convention accessoire peut se former en même temps que la convention principale, ou après la perfection de ce contrat. Si le contrat accessoire est nul, la nullité n'entraînera pas celle du contrat principal, tandis que la nullité du contrat principal entraîne la nullité du nantissement (n° 436).

245. Le nantissement est un contrat unilatéral, le créancier seul s'oblige, le débiteur ne s'oblige pas; il peut se trouver obligé par accident, par exemple, quand le créancier a fait des dépenses pour la conservation de la chose; mais cette obligation ne résulte pas du contrat, elle n'influe donc pas sur sa nature. Il suit de là qu'on n'applique pas au nantissement l'article 1325, qui prescrit des formalités pour les écrits constatant les conventions bilatérales (n° 437).

246. On peut donner en nantissement une chose mobilière : c'est le contrat de *gage*. Le nantissement d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse* (art. 2072). De là la division de la matière.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

---

§ I. *Des conditions requises pour la validité du gage.*

N° 1. CONDITIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

247. Pour constituer une hypothèque, il faut être propriétaire de l'immeuble et être capable de l'aliéner (loi hyp., 73 et 74; code civ., 2124 et 2125). Le même principe s'applique à la constitution du gage. En effet, le gage est un droit réel, comme l'hypothèque; partant, un démembrement de la propriété. Constituer un gage, c'est donc consentir une aliénation partielle de la chose; et, il faut avoir, pour aliéner partiellement, la même capacité que pour faire l'aliénation totale. Il n'y a que le propriétaire qui puisse aliéner, parce que la faculté de disposer est un des attributs essentiels de la propriété. Il faut de plus être capable d'aliéner, car il y a des propriétaires qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas aliéner, et qui, par suite, ne peuvent consentir une hypothèque ni un gage : tels sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées (n° 439).

248. Il suit de là que le gage de la chose d'autrui est nul. Quelles seront les conséquences de la nullité? Le propriétaire de la chose que le débiteur a donnée en nantissement peut, en principe, la revendiquer. Mais ce principe reçoit de graves restrictions en vertu de la maxime, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Le propriétaire d'un meuble corporel ne peut pas le revendiquer contre un tiers possesseur de bonne foi, à moins que la chose n'ait été volée ou perdue; mais l'article 2279 n'est pas applicable

aux meubles incorporels, dont la propriété ne s'acquiert que moyennant l'accomplissement de certaines formalités, telles que les valeurs nominatives, qui sont soumises à un transfert régulier. Nous reviendrons sur cette matière au titre de la *Prescription* (nos 440 et 441).

Entre parties contractantes, le débiteur et le créancier gagiste, le gage de la chose d'autrui est nul. Mais la nullité étant d'intérêt privé ne peut être invoquée que par celui dans l'intérêt duquel elle a été établie, c'est-à-dire par le créancier. Quant au débiteur, il ne peut pas répéter la chose qu'il a donnée en gage, la nullité n'étant pas établie dans son intérêt (n° 440).

249. En général, le gage est fourni par le débiteur : l'article 2071, qui définit le nantissement, le suppose. Toutefois, le gage peut aussi être constitué par un tiers pour le débiteur : l'article 2077 le dit, et cela est d'évidence, puisque le propriétaire peut disposer de sa chose comme il l'entend (n° 443).

250. Quelles choses peuvent être données en gage? Il faut appliquer, par analogie, l'article 2128 (loi hyp. 45), et décider que sont seules susceptibles d'être données en gage les choses mobilières qui sont dans le commerce; les choses doivent être dans le commerce, parce qu'elles sont destinées à être vendues si le débiteur ne paye pas (n° 444). Les choses incorporelles peuvent être données en gage : l'article 2075 le dit implicitement, et, en théorie, cela ne fait aucun doute. Les droits sont dans le commerce, et ils sont susceptibles de possession (art. 1607) (n° 445).

N° 2. DES CONDITIONS PRESCRITES DANS L'INTÉRÊT DES TIERS.

Sommaire.

251. Le principal effet du gage concerne les tiers, puisque le but du gage est de conférer au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilége et préférence aux autres créanciers (art. 2073). Dans l'intérêt des tiers, la loi pres-

crit des conditions de forme, comme en matière d'hypothèques.

Aux termes de l'article 2074, le créancier gagiste ne peut exercer son privilége qu'autant qu'il y a un acte public ou un acte sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. Ces formes ne sont pas prescrites pour l'existence du gage, comme le sont les solennités des donations et des hypothèques. Il n'y a de formes solennelles, en ce sens, que celles qui concernent le consentement; or le texte même de l'article 2074 prouve que les formes qu'il établit sont étrangères au consentement; la loi les prescrit pour que le créancier gagiste puisse opposer son privilége aux tiers. Le but de la loi est de prévenir la fraude dont les tiers créanciers pourraient être victimes. Le débiteur insolvable, dont les biens vont être saisis, pourrait s'entendre avec un de ses créanciers pour créer en sa faveur un gage qui n'existait pas, et soustraire ainsi à l'action des autres créanciers les effets qu'il lui remettrait; ou, s'il existait un gage, mais de peu de valeur, le débiteur de mauvaise foi pourrait, de complicité avec le créancier gagiste, lui remettre des valeurs précieuses qui diminueraient son patrimoine au préjudice de la masse. Voilà pourquoi la loi veille à ce que le privilége du créancier gagiste n'ait lieu que sous des conditions qui garantissent les droits des autres créanciers (n° 446). Il suit de là que le débiteur ne peut pas demander la nullité du gage, pour inobservation des formes, alors que le privilége du créancier n'est pas en cause (n° 447). Entre le créancier et le débiteur, le gage se prouve d'après le droit commun.

252. Quelles sont les formes prescrites par la loi? Il faut d'abord qu'il y ait un acte, public ou sous seing privé. L'acte est exigé, non pour la preuve, mais pour garantir les intérêts des tiers; à leur égard, le gage est un acte solennel, en ce sens que l'acte est une condition d'existence du privilége attaché au gage. Cela résulte du texte de la loi : « *Ce privilége n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte.* » L'acte peut être un acte public ou sous seing privé. On entend par acte *public* un acte *authentique*, c'est-à-dire reçu par notaire. C'est la signification que l'expression d'*acte public* a dans le code (art. 969 et 971). En principe, il n'y a que

les actes reçus par notaire qui aient le caractère public ou authentique. Les auteurs du code civil ont suivi la tradition; l'ordonnance de 1673 exigeait un acte notarié avec minute. Dans l'intérêt des tiers, il fallait exiger l'intervention d'un officier public qui, par la nature de ses fonctions, sait quelles formalités doivent être remplies (n° 449).

La loi permet cependant aux parties de rédiger un acte sous seing privé, mais, dans ce cas, elle veut qu'il soit enregistré. Il suit de là, à notre avis, que l'enregistrement est une formalité essentielle; il ne suffit pas que l'acte ait date certaine conformément à l'article 1328. L'enregistrement et les autres formalités de l'article 2074 sont prescrits, non comme preuve du contrat de gage, mais comme condition de l'existence du privilége; il ne s'agit donc pas de l'application du droit commun qui régit la preuve; c'est plutôt une dérogation au droit commun, puisque la loi établit des formalités spéciales qui doivent être observées pour que le privilége existe à l'égard des tiers. On doit donc écarter l'article 1328, et s'en tenir à la disposition spéciale de l'article 2074; la loi veut l'enregistrement comme condition de l'existence du privilége, cette formalité est substantielle, elle n'admet pas d'équipollence. Toutefois l'opinion contraire est consacrée par la jurisprudence, et elle est enseignée par la plupart des auteurs (n° 451).

L'acte doit contenir certaines déclarations. D'abord, celle de la somme due. Si la somme n'était pas fixée, les parties pourraient la grossir frauduleusement, soit pour avantager un créancier au préjudice des autres, soit pour frustrer la masse commune (n° 454). De plus, l'acte doit déclarer l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure, afin que le débiteur ne puisse pas, de complicité avec le créancier, remplacer les choses qu'il a données en gage par des choses plus précieuses, qu'il voudrait soustraire à la masse chirographaire. Quand l'indication sera-t-elle assez précise pour atteindre ce but? C'est une question de fait : le juge accordera le privilége ou le refusera selon que la déclaration lui paraîtra suffisante ou non (n° 455).

253. L'article 2074 ajoute : « La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière

excédant cent cinquante francs. » C'est surtout pour les dettes modiques que le gage est usité, et, par conséquent, dans les classes nécessiteuses; il fallait donc permettre aux parties de donner un gage, sans des formalités frayeuses qui les auraient empêchées de traiter.

Que faut-il entendre par ces mots : *En matière* excédant la valeur de cent cinquante francs? Le texte se rapporte au montant de l'intérêt pour lequel il y a conflit entre le créancier gagiste et les autres créanciers. Il faut donc considérer tout ensemble le chiffre de la dette et la valeur du gage. Le prêt est de deux cents francs, et le créancier a reçu un gage de cent francs. L'exception de l'article 2074 recevra son application; en effet, le créancier n'est en conflit avec la masse chirographaire que pour une somme de cent francs, car il n'est privilégié que pour cent francs. Si le gage vaut deux cents francs, et que la créance soit de cent francs, le privilége existera encore sans formalité aucune, car le créancier ne réclame son privilége que pour le montant de sa créance, le privilége ne pouvant pas dépasser la créance dont il assure le payement (nº 456).

254. L'article 2084 porte : « Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux *matières de commerce,* ni aux *maisons de prêt sur gage autorisées,* et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent. »

On appelle *monts-de-piété* les maisons qui sont autorisées, en vertu de la loi, à faire des prêts sur gage. C'est une de ces vieilles institutions dites de charité qui soulagent quelques misères individuelles et qui perpétuent la misère générale des classes laborieuses, en favorisant leur imprévoyance et leurs folles dépenses. Cette matière est étrangère au droit civil.

Le code de commerce (art. 93), établissait un privilége spécial au profit des commissionnaires. Ce privilége résultait d'un droit de gage que la loi accordait aux commissionnaires, sans autre condition que celle d'avoir les marchandises en leur possession. En ce sens, le code de commerce dérogeait au code civil. C'est à ces lois spéciales que l'article 2084 fait allusion (nº 457).

N° 3. CONDITION SPÉCIALE CONCERNANT LES MEUBLES INCORPORELS.

Sommaire.

255. « Le privilége énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage » (art. 2075). Il résulte du texte de la loi que les conditions spéciales qu'elle prescrit sont limitées aux rapports du créancier avec les tiers. C'est seulement quand le créancier gagiste réclame un privilége à l'égard des autres créanciers, que l'article 2075 est applicable; il ne l'est pas aux rapports du créancier et du débiteur; celui-ci ne peut donc pas se prévaloir de l'inobservation de l'article 2075 pour réclamer la restitution des créances qu'il a données en gage (n° 458).

L'article 2075 ne distingue pas si la matière excède ou non la valeur de cent cinquante francs; quelle que soit la valeur pour laquelle il y ait conflit entre le créancier gagiste et les tiers, les formalités de la loi doivent être observées. A notre avis, les motifs qui justifient l'exception que l'article 2074 fait, quand la matière n'excède pas cent cinquante francs, auraient aussi dû engager le législateur à dispenser les parties des frais d'enregistrement, lorsque le gage porte sur des meubles incorporels. Quant à l'acte, il était nécessaire, puisque c'est par la remise du titre (art. 1689) que le créancier est mis en possession, et la possession est une condition essentielle de l'existence et de la conservation du privilége (art. 2076) (n° 459).

256. Quelle est la formalité spéciale que la loi prescrit pour le nantissement des meubles incorporels? La loi veut que l'acte de gage soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Cette formalité est empruntée à la cession des créances. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur (art. 1690). Il est vrai que le nantisse-

ment d'une créance n'en transporte pas la propriété au créancier gagiste; mais le débiteur ne peut plus payer au préjudice du créancier; il fallait donc que le nantissement lui fût signifié. Cette signification a encore un objet plus général, c'est de saisir le créancier gagiste à l'égard des tiers, ainsi à l'égard d'un second créancier gagiste, puis à l'égard des créanciers de celui qui a donné la créance en gage. Ce dernier point est d'une grande importance pour le créancier gagiste; le but du gage est de lui assurer un privilége à l'égard des autres créanciers du débiteur commun; et, dans le système du code, il ne jouit de cette préférence que lorsqu'il a signifié l'acte de gage au débiteur de la créance (n° 463).

D'après l'article 1690, le cessionnaire est également saisi à l'égard des tiers par l'acceptation du transport que le débiteur fait dans un acte authentique. L'acceptation vaut-elle aussi signification, en matière de nantissement? La question est controversée. A notre avis, la signification est une condition essentielle pour l'existence du privilége; or, en matière de priviléges, tout est de rigueur : on ne peut pas admettre de formalité équipollente à celle que la loi prescrit (n° 464).

257. Quel est l'effet de la signification? Quand le créancier gagiste a signifié l'acte de gage, il est saisi à l'égard des tiers, et il peut, par conséquent, leur opposer son droit de gage. Il suit de là que le débiteur ne peut plus payer à son préjudice. Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse se libérer; seulement il doit le faire de commun accord avec le créancier gagiste; si des difficultés s'élèvent, il pourra consigner le montant de ce qu'il doit (n° 468).

N° 4. DE LA MISE EN POSSESSION DU CRÉANCIER GAGISTE.

Sommaire.

258. La possession est requise pour l'existence du gage et du privilége du créancier.
259. Quels caractères doit avoir la possession?
260. Du cas prévu par l'article 2076.

258. L'article 2076 exige une dernière condition pour l'existence du privilége : « Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. »

La loi dit : « dans *tous* les cas », pour marquer que la mise en possession du créancier gagiste est requise dans le nantissement des meubles incorporels, aussi bien que dans le nantissement des meubles corporels. L'article 2102, reproduit par la loi hypothécaire (art. 20, n° 3), est conçu dans le même sens : il faut que le créancier soit saisi du gage, pour pouvoir exercer son privilége. Pourquoi ce privilége est-il attaché à la possession du créancier? Il n'en est pas ainsi des priviléges mobiliers en général : il suffit que la chose grevée du privilége se trouve entre les mains du débiteur. Si la loi exige que le créancier gagiste soit mis en possession pour qu'il ait un privilége, c'est dans l'intérêt des tiers; le privilége du gagiste, à la différence des autres priviléges, ne résulte pas de la nature de la créance; il est établi par une convention que les tiers ignorent; la possession du créancier est une espèce de publicité qui avertit les tiers, en ce sens qu'ils ne peuvent plus compter sur un mobilier que le débiteur ne possède plus (n° 469).

De ce que la possession intéresse surtout les tiers, il ne faut pas conclure que le gage existe entre le créancier et le débiteur, indépendamment de la possession. L'article 2074, qui définit le nantissement, prouve le contraire; le contrat n'existe que par la remise que le débiteur fait du gage au créancier. Celui-ci seul est obligé; il doit restituer la chose, or pour qu'il doive la restituer il faut qu'il l'ait reçue (n° 470).

259. Quels caractères doit avoir la possession du créancier? C'est une possession analogue à celle dont parlent les articles 1141 et 2279, une possession qui s'annonce ostensiblement comme possession de créancier gagiste, c'est-à-dire, à titre de droit réel. La raison en est que la possession doit avertir les tiers du droit qu'elle donne au créancier gagiste à l'égard des autres créanciers; il faut donc qu'elle ait une certaine publicité. De là suit qu'il est de l'essence du contrat que la mise en possession du créancier soit un fait apparent, qui prévienne les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation. Quand la notoriété est-elle suffisante? La question est de fait plutôt que de droit, puisque la loi ne définit pas la possession du créancier gagiste : la notoriété de la possession, dit la cour suprême, dé-

pend, par la nature des choses, de circonstances variables et complexes, dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond (nos 471 et 472). On peut appliquer par analogie ce que nous disons de l'article 1141 et de l'article 2279, parce que le but de la loi est le même, l'intérêt des tiers.

260. L'article 2076 porte que le créancier gagiste est mis en possession lorsque le gage a été remis à un tiers convenu entre les parties. Il faut, dans ce cas, une convention qui établisse un lien entre le tiers et le créancier gagiste, de sorte que le créancier possède par l'intermédiaire du tiers. Cette convention ne doit pas être confondue avec l'acte par lequel le gage est constitué. L'acte doit être authentique, et s'il est sous seing privé, il doit être enregistré; ces formalités sont étrangères au cas prévu par l'article 2076. La preuve de la mise en possession reste sous l'empire du droit commun (n° 484).

N° 5. DU GAGE COMMERCIAL.

Sommaire.

261. La loi du 5 mai 1872, article 1er, porte : « Le gage constitué pour sûreté d'un engagement commercial confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose engagée, par privilége et préférence aux autres créanciers, lorsqu'il est établi conformément aux modes admis en matière de commerce pour la vente de choses de même nature et que l'objet du gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre parties. » Il résulte de cette disposition que la loi belge maintient la condition de la mise en possession du créancier gagiste; mais elle n'exige pas les formalités prescrites par les articles 2074 et 2075; il suffit que le gage soit établi conformément aux règles admises en matière de ventes commerciales (code de comm., art. 109); de sorte que le gage peut s'établir par la correspondance des parties, par leurs livres et même par la preuve testimoniale. Quant à la date de l'acte qui, d'après le code civil, ne pouvait être prouvée que par l'enregistrement, la loi belge porte que la preuve de la date du nantissement incombe au créancier, et qu'elle peut être faite par tous les moyens de droit.

§ II. *Des droits et obligations du créancier gagiste.*

N° 1. DU PRIVILÉGE.

Sommaire.

262. L'article 2073, qui définit le gage, porte que le créancier gagiste a le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers. Le privilége est l'objet essentiel du nantissement des objets mobiliers; il est attaché à la possession du gage; c'est en ce sens que l'article 2101 (loi hyp., 19) dit que le créancier a un privilége sur le gage dont il est saisi. Aux termes de l'article 2079, le débiteur reste propriétaire du gage qui n'est, dans les mains du créancier, qu'un *dépôt* assurant le privilége de celui-ci. Le mot *dépôt* ne doit pas être pris à la lettre; le dépositaire n'a aucun droit réel sur la chose, tandis que le privilége du créancier gagiste est un droit réel comme tout privilége. Si la loi qualifie de dépôt le droit du gagiste, c'est pour marquer qu'il ne peut pas user de la chose, quoiqu'il en ait la possession; sa possession n'a qu'un seul but, celui de garantir le payement de la dette. La possession tient lieu de la publicité de l'hypothèque en donnant au créancier le droit de faire valoir, contre les tiers, la préférence qui est attachée au gage; du reste, il n'en résulte aucun droit utile pour le créancier (n° 493). Si le créancier usait de la chose, il violerait le contrat, et par suite le débiteur pourrait réclamer la restitution de la chose (art. 2082). C'est ce que la loi appelle *abus;* il y a abus en ce sens que le créancier fait ce qu'il n'a pas le droit de faire (n° 498).

263. Le principe qui défend au créancier gagiste d'user de la chose reçoit exception quand l'objet donné en gage est une créance portant intérêts; dans ce cas, le créancier doit imputer les intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus ou sur le capital (art. 2081). Cette obligation implique le droit, pour le créancier, de toucher les intérêts. Quel est le motif de cette exception?

Celui qui donne une créance en gage conserve le droit d'agir contre le débiteur, puisqu'il reste propriétaire de la créance (art. 2079); mais si le débiteur refusait de payer, le demandeur serait dans l'impossibilité de l'y contraindre, puisque le titre de sa créance est dans les mains du gagiste; il devrait donc mettre celui-ci en cause. Il a paru plus simple d'autoriser le gagiste à exiger le payement des intérêts. Cela concilie tous les droits : le débiteur de la créance en gage est libéré, celui qui a mis sa créance en gage est à l'abri de la prescription quinquennale (art. 2277), enfin celui qui a donné le gage est libéré partiellement de sa dette. En effet, la loi veut que ces intérêts soient imputés, d'abord sur ceux qui peuvent être dus au gagiste, et s'il n'a pas droit à des intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette. En principe, le créancier qui touche les intérêts devrait les remettre au débiteur, mais cette dette étant fongible, se compense avec la créance également fongible du gagiste.

La loi ne donne pas au créancier gagiste le droit de toucher le capital de la dette. Régulièrement le capital se paye en une fois, puisque le débiteur ne peut pas faire de payement partiel. Et ce payement doit se faire entre les mains de celui qui a donné la créance en nantissement; car il est de principe que le créancier gagiste ne peut pas s'approprier le gage (art. 2078); or, il aurait un moyen indirect de se l'approprier, à titre de compensation, s'il pouvait toucher le capital (n° 499).

N° 2. DU DROIT DE RÉTENTION.

Sommaire.

264. « Le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour la sûreté de laquelle le gage a été donné » (art. 2080). C'est ce qu'on appelle le droit de rétention : il est fondé sur la loi du contrat. Les parties contractantes n'ont traité

que sous la foi d'un gage; si le créancier l'a exigé, c'est qu'il n'avait pas confiance dans la solvabilité du débiteur; celui-ci, de son côté, y a consenti, parce que c'était la condition sans laquelle le créancier n'aurait pas traité. Il résulte donc de l'objet même du contrat de gage et de l'intention des parties contractantes que le gage doit rester au créancier tant que le débiteur ne s'est pas libéré entièrement de ce qu'il doit (n° 500).

Il ne faut pas confondre le droit de rétention avec le privilége. Le droit de rétention concerne uniquement les rapports du créancier et du débiteur. De là suit que les conditions prescrites par les articles 2074 et 2075 pour l'acquisition du privilége sont étrangères au droit de rétention. La loi exige ces formalités pour empêcher que les parties contractantes n'agissent en fraude des tiers; or, les tiers sont hors de cause quand le créancier exerce son droit de rétention. C'est le débiteur qui demande la restitution du gage. Le créancier repousse son action en invoquant le contrat de gage qui lui donne une sûreté réelle pour le payement de la dette; tant que la dette n'est pas payée, la garantie subsiste (n° 501).

265. Il suit de là que le gagiste ne peut pas opposer le droit de rétention aux créanciers. Ce droit est étranger aux tiers; ils ne se trouvent en conflit avec le gagiste que lorsque celui-ci réclame son privilége, et demande à être payé de préférence aux autres créanciers du débiteur commun. Or, le droit de rétention n'a rien de commun avec le privilége; donc il ne peut être question pour le gagiste de s'en prévaloir contre les créanciers; et ceux-ci, de leur côté, peuvent exercer leurs droits sans tenir compte du droit de rétention. Il peuvent saisir les biens de leur débiteur; il peuvent donc aussi saisir la chose qu'il a donnée en gage, car il en reste propriétaire. Quand la chose sera vendue, un ordre s'ouvrira entre les créanciers pour la distribution du prix; et dans cet ordre le gagiste sera colloqué en premier lieu, en vertu de son privilége; son droit se trouvera ainsi réalisé (n° 502).

266. Le créancier conserve son droit de rétention jusqu'à ce que le débiteur ait entièrement payé la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. Si une partie de la dette subsiste, le créancier a le droit de retenir tout le gage. C'est une conséquence

de l'indivisibilité du gage. Aux termes de l'article 2083, « le gage est indivisible, nonobstant la division de la dette entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier ». Entre le créancier et le débiteur, toute dette est, en principe, indivisible ; mais la division se fait, de droit, à la mort de l'une des parties contractantes. Si le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, la dette se divise de plein droit entre eux ; chacun ne doit que sa part et portion héréditaire dans la dette, et il se libère en payant cette portion ; néanmoins il ne peut demander la restitution de sa part dans le gage, en supposant qu'il soit divisible. La dette se divise encore activement quand le créancier meurt laissant plusieurs héritiers ; chacun n'a droit qu'à sa part et portion héréditaire dans la créance ; s'il la reçoit, sa créance est éteinte, et néanmoins le gage subsistera ; le débiteur ne peut demander la restitution du gage, tant qu'il n'a pas entièrement acquitté la dette ; le gage servira, dans ce cas, à garantir les droits des autres héritiers (n° 503).

267. Le droit de rétention n'a lieu, en principe, que pour la garantie de la dette pour laquelle le gage a été donné. Cette règle reçoit exception dans le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 2082. La loi suppose que, postérieurement à la remise du gage, le même débiteur a contracté une nouvelle dette envers le même créancier, et que cette dette est devenue exigible avant le payement de la première ; dans ce cas, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être payé de l'une et de l'autre dette, quoiqu'il n'y ait eu aucune stipulation pour affecter le gage au payement de la seconde. On fait une objection très-spécieuse contre cette disposition. La convention de gage ne lie les parties que pour la dette dans l'intérêt de laquelle le nantissement a été stipulé ; étendre le gage à une nouvelle dette pour laquelle il n'a pas été stipulé, c'est ajouter aux conventions des parties, en les rendant applicables à une dette pour laquelle ces conventions n'ont pas été faites. L'orateur du gouvernement répond, dans l'Exposé des motifs, qu'il y a une convention tacite entre les parties. Le créancier a pris un gage pour une première dette, ce qui prouve qu'il n'a voulu traiter que sous la condition d'une garantie réelle. Une seconde dette est contractée par le même débiteur ; peut-on admettre que le créancier veuille traiter

avec lui sans garantie aucune? S'il n'a pas stipulé que le gage dont il était détenteur lui servirait de garantie pour la nouvelle dette, c'est qu'il aura pensé que cela allait sans dire. En effet, la nouvelle dette doit être acquittée avant la première : n'est-il pas naturel de supposer que le créancier a compté sur le gage dont il était saisi pour répondre de l'une et de l'autre dette? De son côté, le débiteur ne peut pas se plaindre que l'on aggrave sa condition; les deux dettes sont exigibles, il doit les payer; or, l'équité ne permet pas qu'il réclame la restitution du gage après avoir payé l'une des dettes seulement, alors que le créancier avait, dès le principe, témoigné qu'il se défiait de sa solvabilité (n° 504).

N° 3. DROIT DE VENTE.

Sommaire.

268. Le gage est une garantie stipulée par le créancier pour assurer le payement de la dette. Si le débiteur ne paye pas, le créancier a le droit de se faire payer sur la chose qui lui a été donnée en gage par préférence aux autres créanciers. Comment se fera-t-il payer? L'article 2078 répond à la question : « Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. »

Le créancier ne peut disposer du gage en se l'appropriant. Quelle en est la raison? D'ordinaire, la valeur du gage est supérieure au montant de la dette; le débiteur, pressé par le besoin, contracte une dette dans l'espérance qu'il pourra retirer le gage en acquittant la dette, puis il se trouve dans l'impossibilité de payer. Qu'en résulterait-il si le créancier pouvait conserver la chose? C'est qu'il s'enricherait aux dépens du débiteur. Le gage est un contrat favorable s'il procure du crédit au débiteur, en offrant au créancier une garantie pour l'exécution de l'engagement; il deviendrait odieux et contraire à l'ordre public s'il

favorisait l'exploitation de la misère par la cupidité (nº 509).

269. Le créancier gagiste doit s'adresser à la justice pour faire ordonner que le gage lui demeurera en payement, ou qu'il sera vendu aux enchères. L'intervention du juge est une garantie pour le débiteur; elle empêchera le créancier de s'approprier le gage. Cela ne veut pas dire que le juge ordonnera de vendre le gage ou de le laisser au créancier. Les tribunaux ne décident que sur les conclusions des parties. C'est au créancier de demander ce qui est de son intérêt, ou que la chose lui demeurera en payement, ou qu'elle sera vendue aux enchères, et le juge doit ordonner ce que le créancier demande (nº 510).

Le créancier peut demander d'abord que le gage lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence, ce qui implique la nécessité d'une estimation. L'article 2078 veut que la chose soit estimée par experts (nº 511). Il peut aussi demander que le gage soit vendu aux enchères, c'est-à-dire avec publicité et concurrence : c'est une garantie pour le débiteur que la chose sera vendue à sa véritable valeur (nº 512).

270. L'article 2078 ajoute une sanction à la prohibition qu'il prononce : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. » Il n'est pas permis au débiteur de renoncer aux garanties que la loi a établies en sa faveur, parce qu'elles ont pour objet de protéger la misère contre la cupidité des usuriers. Les besoins qui forcent le débiteur à emprunter sur gage l'auraient forcé aussi à renoncer aux garanties de la loi; la renonciation serait donc viciée en son essence, parce que le débiteur ne jouit point de sa liberté (nº 518).

Nº 4. OBLIGATIONS DU CRÉANCIER.

Sommaire.

271. Le créancier est tenu de restituer la chose engagée, lorsque le débiteur a payé entièrement la dette pour laquelle le gage a été donné (art. 2082). Il est donc débiteur de la chose qu'il a reçue en nantissement, et, comme tel, il doit la conserver

avec les soins d'un bon père de famille. C'est ce que dit l'article 2080 : « Le créancier répond, selon les règles établies au titre des *Obligations*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. » D'après ces règles, le gagiste doit conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille ; ce qui veut dire, dans le langage traditionnel, que le créancier est tenu de la faute légère *in abstracto* (1) (nº 524).

272. « De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose » (art. 2080). Cette disposition est mal rédigée. Le créancier est tenu de conserver la chose, par conséquent de faire les dépenses dites nécessaires, sans lesquelles la chose périrait en tout ou en partie ; il a, de ce chef, une action en indemnité pour le montant intégral de la dépense ; cette créance est munie d'un privilége (art. 2102, nº3 ; loi hyp., 20, nº4). La loi donne encore au créancier le droit de répéter les dépenses utiles qu'il a faites pour améliorer la chose ; il peut les répéter en tant qu'elles sont utiles, donc jusqu'à concurrence du profit que le débiteur en retire ; il n'a pas de privilége de ce chef. C'est déjà un droit exorbitant que de répéter les dépenses d'amélioration ; en principe, le créancier devrait se borner à conserver la chose pour la rendre telle qu'il l'a reçue (nº 526).

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

Sommaire.

273. Quel est l'objet de l'antichrèse ? Quels en sont les caractères ?

273. Le mot *antichrèse* est grec ; les Romains empruntèrent à la Grèce le terme et la chose. C'était un contrat par lequel le dé-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 399, nºs 554 et 555.

biteur abandonnait au créancier la jouissance de l'immeuble pour lui tenir lieu des intérêts de la dette; la convention était donc aléatoire, les fruits pouvant valoir plus ou moins que les intérêts. Dans l'ancienne jurisprudence, l'antichrèse changea de nature; le créancier n'acquérait la faculté de percevoir les fruits qu'à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts s'il lui en était dû, et ensuite sur le capital. L'antichrèse était peu usitée; les auteurs du code ne l'avaient pas mentionnée dans le premier projet. Elle fut introduite sur la réclamation des cours d'appel. L'antichrèse offre au débiteur des facilités pour se libérer; sous ce rapport, elle est utile (n° 527).

Il y a une grande différence entre le gage et l'antichrèse. Le gage confère un privilége au créancier, tandis que le créancier antichrésiste n'acquiert par le contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance (art. 2073 et 2085); il n'a pas de privilége ni de droit réel. Il y a cependant des analogies entre le gage et l'antichrèse : les caractères généraux sont les mêmes (art. 2071). L'antichrèse est un contrat réel : le créancier a la jouissance de la chose, et, partant, la possession. C'est un contrat unilatéral : le débiteur ne contracte aucune obligation; s'il est obligé, c'est par accident, lorsque le créancier a fait des dépenses utiles ou nécessaires. Enfin, c'est un contrat accessoire : il faut une obligation principale valable pour qu'il puisse y avoir une convention d'antichrèse (n° 528).

§ I. *Des conditions requises pour la validité de l'antichrèse.*

Sommaire.

274. Qui peut constituer une antichrèse?
275. L'antichrèse ne s'établit que par écrit.
276. Le créancier doit être mis en possession de l'immeuble.
277. De l'antichrèse déguisée ou contrat pignoratif.

274. Qui peut constituer une antichrèse? Le créancier acquiert la jouissance de l'immeuble, et cette jouissance, dans l'opinion générale, peut être opposée aux tiers. Il en résulte donc un démembrement de la propriété, partant il faut être propriétaire de

l'immeuble et capable de l'aliéner pour le donner en antichrèse. De là la conséquence que les administrateurs légaux ne peuvent pas consentir une antichrèse, de même que les propriétaires incapables. Du reste, l'antichrèse, de même que le gage, peut être constituée par un tiers pour le débiteur (n°s 529 et 530).

275. « L'antichrèse ne s'établit que par écrit » (art. 2085). On lit dans l'Exposé des motifs, que la loi n'a pas voulu de conventions verbales en cette matière, parce qu'elles pourraient devenir le prétexte de nombreux désordres. Le motif est contestable, mais la volonté du législateur est certaine ; il en résulte que la preuve testimoniale est inadmissible, alors même qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit. Mais l'aveu et le serment sont admis pour prouver l'antichrèse : la loi a voulu écarter seulement les témoignages, elle n'a pas entendu faire de l'antichrèse un contrat solennel (n°s 535-538).

276. L'antichrèse est un contrat réel. De là suit que la mise en possession est requise pour que le contrat existe (art. 2071 et 2072). Dans l'opinion générale, l'antichrésiste a un droit réel, ou du moins il peut faire valoir son droit contre les tiers, ce qui implique qu'il est en possession (art. 2076) (n° 541).

277. L'antichrèse peut cacher une convention usuraire dans le cas où les fruits se compensent avec les intérêts si la valeur des fruits dépasse l'intérêt légal. C'est ce qu'on appelle contrat pignoratif. Sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, qui défend aux parties de stipuler un intérêt supérieur à l'intérêt légal, le contrat pignoratif était nul ; les parties ne pouvaient pas éluder par leurs conventions et, partant, violer une loi d'ordre public, en faisant indirectement ce que la loi prohibait. Dans la législation belge, la stipulation du montant des intérêts est libre (1), il ne peut donc plus être question de contrats déguisés, puisqu'il n'y a plus de prohibitions à éluder (n° 543).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 416, n° 580.

§ II. *Droits du créancier antichrésiste.*

N° 1. DROIT DU CRÉANCIER A L'ÉGARD DU DÉBITEUR.

Sommaire.

278. Le créancier a droit aux fruits et il est aussi obligé de les percevoir.
279. Les parties peuvent-elles stipuler que les fruits se compenseront avec les intérêts?
280. Le créancier doit payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble.
281. Il doit pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires.
282. Le créancier peut se décharger de ces obligations en renonçant à l'antichrèse.
283. Le créancier a le droit de rétention.
284. Quel est le droit du créancier quand le débiteur ne paye pas?

278. Le contrat d'antichrèse donne au créancier le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, à charge de les imputer sur les intérêts et sur le capital (art. 2085). Ainsi, la perception des fruits est tout ensemble un droit et une obligation. Le créancier se paye sur les fruits qu'il perçoit en les imputant sur les intérêts et sur le capital, et le débiteur se libère moyennant l'abandon de ces fruits. Il suit de là que le créancier est obligé de percevoir les fruits; s'il le négligeait, il serait responsable de la perte qui en résulterait pour le débiteur. L'imputation des fruits sur ce qui est dû au créancier doit se faire annuellement. De là la nécessité de comptes annuels dans lesquels le créancier renseigne ses recettes, c'est-à-dire les fruits qu'il a perçus, déduction faite des frais de culture, puis les intérêts auxquels il a droit (n° 546).

279. Les parties peuvent-elles stipuler que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence? L'article 2089 dit que cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par la loi. Dans l'ancien droit, la convention était prohibée comme usuraire, tout intérêt étant réputé usure. D'après le code civil, l'intérêt conventionnel est libre, et par cela même la convention prévue par l'article 2089 était licite. Sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, ladite convention n'était permise que dans les limites de l'intérêt légal, que l'intérêt conventionnel ne pouvait pas dépasser. La loi belge du 5 mai 1865 est revenue au système du code civil; partant la clause de l'article 2089 est licite sans restriction aucune (n° 547).

280. « Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu,

de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse » (art. 2086). C'est plutôt une avance qu'il fait, et dont il se paye sur les fruits. Le contrat a pour objet de libérer le débiteur par la perception des fruits qui est déléguée au créancier ; ce n'est donc pas en son nom personnel que l'antichrésiste perçoit les fruits, c'est au nom du débiteur; il se paye sur les fruits, en déduisant avant tout les charges qu'il doit supporter à raison des fruits qu'il perçoit. Ainsi, l'antichrésiste n'est pas débiteur personnel des contributions, il les paye pour le compte du débiteur (n° 549).

281. « Le créancier doit également, sous peine de dommages et intérêts, pourvoir aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets » (art. 2086). Il faut appliquer aux dépenses d'entretien ce que nous venons de dire des contributions ; l'antichrésiste doit les faire, comme détenteur du fonds, qu'il est tenu de conserver pour le restituer à la fin du contrat, mais c'est au nom et pour le compte du débiteur.

Que faut-il entendre, dans l'article 2086, par réparations *utiles* ? On admet généralement que l'antichrésiste peut améliorer l'immeuble, et répéter contre le débiteur les dépenses qu'il a faites, jusqu'à concurrence de la mieux-value qui est résultée des travaux. Il en est ainsi en matière de gage (1); mais l'article 2080 parle des *dépenses* utiles et nécessaires, tandis que l'article 2086 parle des *réparations*, et ce mot implique des travaux de conservation; l'antichrésiste est tenu de les faire : et l'on ne peut certes pas dire qu'il soit obligé de faire des travaux d'amélioration (n° 550).

282. « Le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article 2086 peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble » (art. 2087). Cela veut dire que le créancier peut renoncer à l'antichrèse, ce qui est d'évidence; le créancier peut toujours renoncer aux garanties qu'il a stipulées. Il y aurait intérêt si les frais et les charges dépassaient la valeur des fruits (n° 551).

283. Le créancier a le droit de rétention. Aux termes de l'article 2087, le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la

(1) Voyez, ci-dessus, n° 272.

dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse. Le gagiste a le même droit; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1) (n° 552). L'antichrèse, de même que le gage, est indivisible (art. 2090); il faut encore appliquer ce que nous avons dit du gage (2) (n° 554).

284. Quel est le droit de l'antichrésiste quand le débiteur ne paye pas? L'article 2088 répond que le créancier peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. C'est le droit commun; tout créancier peut poursuivre l'expropriation des biens immeubles qui appartiennent à son débiteur (n° 556).

L'article 2088 porte que le créancier ne devient pas propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de payement au terme convenu : toute clause contraire est nulle. C'est l'application à l'antichrèse du principe que l'article 2078 établit pour le gage (3). La clause contraire est illicite, dans le sens de l'article 1133; donc elle ne peut produire aucun effet, c'est-à-dire qu'elle est inexistante (n° 558).

D'après l'article 2078, le créancier peut faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence. La loi ne donne pas ce droit au créancier antichrésiste. Il n'y a d'autre raison de cette différence que l'importance que la loi attache aux immeubles. Le débiteur est intéressé à conserver la propriété des immeubles antichrésés; or, si le créancier avait eu le droit de se les faire attribuer, moyennant estimation, l'antichrèse aurait conduit presque nécessairement à dépouiller le débiteur des biens antichrésés (n° 557).

N° 2. DROITS DU CRÉANCIER A L'ÉGARD DES TIERS.

Sommaire.

285. Le créancier peut-il opposer son droit aux tiers? Cette question est très-controversée. Les uns attribuent un droit réel à

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 264, 273.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 272.
(3) Voyez, ci-dessus, n°s 274-276

l'antichrésiste, d'autres disent qu'il n'a pas de droit dans l'immeuble, mais ils admettent qu'il peut opposer aux tiers son droit aux fruits et son droit de rétention. Dans une troisième opinion, le créancier n'a qu'un droit personnel contre le débiteur; il ne peut donc pas l'opposer aux tiers; cependant, Troplong, qui professe cette opinion, reconnaît à l'antichrésisteun dro it contre les créanciers chirographaires. La solution de ces difficultés dépend du point de savoir si le créancier a un droit réel, ou s'il n'a qu'un droit personnel : son droit est-il réel, il peut l'opposer à tout tiers : est-il personnel, il ne peut l'opposer à aucun tiers, pas même aux créanciers chirographaires. A notre avis, l'antichrésiste n'a point de droit réel.

Le gage est un droit réel. Cela résulte de la définition du gage; en effet, l'article 2073 donne au créancier un privilége, donc un droit réel, un droit dans la chose que le gagiste peut opposer aux autres créanciers. L'article 2085, qui détermine les droits du créancier antichrésiste, dit que celui-ci n'acquiert que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer sur les intérêts et sur le capital. Son seul droit consiste donc à se payer sur les fruits. Or, le payement se fait entre créancier et débiteur, donc l'antichrèse ne donne au créancier un droit sur les fruits qu'à l'égard du débiteur. Voilà pourquoi la loi ne prescrit aucune formalité dans l'intérêt des tiers, ni acte, ni enregistrement, ni déclaration ayant pour objet d'empêcher la fraude au préjudice des tiers (n° 562). L'antichrésiste n'ayant pas de droit réel, il en résulte qu'il ne peut pas opposer son antichrèse aux tiers; il n'a qu'un droit de créance contre le débiteur, qui lui a remis l'immeuble en nantissement (n° 569).

286. Il suit de là que l'antichrésiste ne peut opposer son droit aux tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. Cela est d'évidence quand la vente ou l'hypothèque sont antérieures à l'antichrèse; l'article 2091 le dit, et cela allait de soi, puisque, dans ce cas, les tiers ont un droit acquis dans l'immeuble, au moment où l'antichrèse prend naissance. Celui qui a aliéné le fonds n'a plus aucun droit sur la chose, et par suite, il ne peut plus faire aucun acte de disposition, ni même d'administration concernant cette chose. L'a-t-il hypothéqué, l'immeuble est démembré, et le débiteur ne peut plus en disposer, au profit du créancier antichrésiste,

que dans l'état où il se trouve, démembré par la concession qu'il a faite (n° 574). Dans notre opinion, il en est de même quand le débiteur a aliéné ou hypothéqué l'immeuble antichrésé postérieurement à l'acte par lequel il l'a donné en nantissement; l'antichrésiste n'a qu'un droit de créance contre le débiteur, et les droits de créance ne peuvent pas être opposés aux tiers. L'antichrésiste ne peut pas même l'opposer aux créanciers chirographaires, car lui-même est un créancier personnel, et il vient à contribution avec les autres créanciers du débiteur, à moins qu'il n'ait stipulé une hypothèque. L'article 2091 dit que si le créancier antichrésiste a une hypothèque, il l'exerce en son rang, ce qui est d'évidence (n°s 578-581).

287. Dans l'opinion générale, l'antichrésiste a un droit réel; il peut du moins opposer aux tiers son droit de rétention et de jouissance. Il s'ensuit que l'acquéreur doit respecter le droit de l'antichrésiste; il ne peut donc pas le déposséder, pas plus que le débiteur ne le peut; il a seulement le droit, qui appartient au débiteur, de réclamer la jouissance de l'immeuble, en payant entièrement la dette pour la sûreté de laquelle l'immeuble a été donné en antichrèse (n° 579). Quant aux créanciers hypothécaires, on leur reconnaît le droit d'exercer leur droit de suite contre l'antichrésiste, mais à charge de respecter son droit de jouissance et de rétention; cela veut dire que le saisissant doit faire insérer dans le cahier des charges la clause que l'immeuble est grevé d'une antichrèse, et que l'adjudicataire devra verser son prix entre les mains de l'antichrésiste; ce n'est qu'à cette condition qu'il peut entrer en possession (n° 580). Restent les créanciers chirographaires; ils n'ont d'autres droits que le débiteur; or, le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble que lorsqu'il a payé la dette entière; les créanciers personnels doivent donc désintéresser l'antichrésiste avant de pouvoir saisir l'immeuble entre ses mains (n° 581).

TITRE XIX.

(TITRE XVIII DU CODE.)

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

(*Principes de droit civil*, t. XXIX-XXXI.)

Sommaire.

288. Ce titre est remplacé par la loi hypothécaire du 16 *décembre* 1851.

288. Le titre des priviléges et hypothèques est remplacé, en Belgique, par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851. Cette loi s'ouvre par des dispositions préliminaires, qui organisent un système de publicité pour les actes qui intéressent les tiers. Parmi ces dispositions, il y en a qui sont étrangères au régime des hypothèques. Il convient cependant de les réunir et de les exposer dans leur ensemble, afin de donner une idée complète de la publicité établie par la loi nouvelle (nos 1, 2).

Il y a d'autres dispositions dans la loi hypothécaire qui se rattachent à la tutelle et à l'état civil. Nous les avons mentionnées aux titres qui sont le siége de la matière (1) (no 3).

PREMIÈRE PARTIE.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

(*Principes de droit civil*, t. XXIX.)

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUBLICITÉ DES ACTES QUI INTÉRESSENT LES TIERS.

Sommaire.

289. La publicité des transactions immobilières est nécessaire dans l'intérêt des tiers acheteurs et des tiers créanciers hypothécaires et chirographaires.
290. La publicité lèse-t-elle les droits ou les intérêts du propriétaire?

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 595, nos 592-595; p. 595, no 588, et p. 242, no 166.

291. Origine de la publicité. La tradition germanique et la tradition romaine.
292. Des coutumes de *nantissement* et des *devoirs de loi.*
293. Le principe des coutumes de nantissement est celui de la loi belge sur le régime hypothécaire.
294. Loi du 11 brumaire an VII. Pourquoi le code civil est revenu au système de clandestinité.

289. L'intérêt général exige que la circulation des propriétés soit libre et sûre, afin que les immeubles parviennent entre les mains de ceux qui sont les plus capables de les exploiter. C'est un élément de richesse publique, et la richesse est un puissant instrument de civilisation. C'est dans cet esprit que les lois de la révolution ont aboli la mainmorte ecclésiastique, et les substitutions qui grevaient les biens de la noblesse. Il ne suffit point que la circulation des biens soit libre, il faut aussi que les acquisitions soient stables et sûres. Si l'acheteur peut craindre d'être évincé, il n'achètera point; il confiera ses capitaux au commerce et à l'industrie, et la terre ne trouvera plus d'acquéreurs.

Pour acheter en confiance, il faut avoir un moyen certain de s'assurer que celui qui vend est propriétaire de la chose, et ce moyen est la publicité, c'est-à-dire la transcription sur des registres publics des actes translatifs de propriété immobilière. Quand les aliénations sont clandestines, comme elles l'étaient sous l'empire du code Napoléon, les tiers ne peuvent savoir si l'immeuble qu'ils achètent n'a pas déjà été vendu à un premier acquéreur, lequel pourra revendiquer contre lui, puisqu'il est propriétaire à l'égard de tous, par l'effet du contrat de vente; il lui suffira de prouver que son acquisition est antérieure à celle d'un second acquéreur, et il peut faire cette preuve conformément à l'article 1328, sans que le dernier acheteur ait pu s'assurer qu'il y a un acte de vente antérieur au sien. La publicité donne cette assurance à l'acheteur. Avant d'acheter, il consultera le registre aux transcriptions; s'il n'y a pas d'acte de vente transcrit, il peut acheter en sécurité, en ce sens qu'il est à l'abri de l'éviction, quand même son auteur aurait vendu antérieurement le même immeuble; car cette vente, n'étant pas transcrite, ne pourra pas lui être opposée (n° 7).

La publicité des transactions immobilières est encore nécessaire pour garantir les intérêts des tiers créanciers soit hypothé-

caires, soit chirographaires. Nous reviendrons sur ce point, au chapitre des *Priviléges et Hypothèques* (n° 8).

290. La publicité, qui est une garantie pour les tiers, est tout aussi avantageuse pour les propriétaires. Par un étrange aveuglement, les propriétaires de l'ancien régime, les nobles, se sont toujours opposés à la publicité. Quel est le véritable intérêt du propriétaire? C'est de pouvoir vendre avantageusement et facilement s'il y a nécessité pour lui ou utilité d'aliéner. Or, si l'acheteur peut craindre d'être évincé, il n'achètera pas, ou il le fera à des conditions onéreuses pour le vendeur; les chances d'éviction auxquelles il est exposé seront un des éléments qui détermineront le prix qu'il offrira; c'est donc le propriétaire qui supportera les conséquences de l'incertitude et du défaut de sécurité, suite nécessaire de la clandestinité. Si les nobles redoutaient la publicité, c'est que, vivant dans l'oisiveté et dépensant leur revenu avec le capital, ils étaient intéressés à cacher leur situation obérée pour conserver du crédit, en conservant les apparences mensongères d'une grande fortune, de sorte que la clandestinité leur permettait de tromper les tiers qui traitaient avec eux. Or, la loi ne doit certes pas tenir compte d'un intérêt de vanité qui consiste à tromper; elle doit, au contraire, prescrire la publicité, afin d'empêcher les fraudes (n° 12).

291. Dans l'ancien droit, il y avait deux traditions contraires en ce qui concerne la transmission des droits immobiliers : le droit romain consacrait le principe de clandestinité, si l'on peut appeler principe l'ignorance des notions les plus élémentaires de crédit et d'économie politique : la publicité régnait dans les coutumes du nord de la France et dans les coutumes belgiques. C'est une histoire merveilleuse que celle de la publicité; nous ne pouvons ici qu'en constater le résultat. Nos coutumes remontent aux Germains et à la féodalité, c'est-à-dire à la barbarie et à l'oppression; cependant, la barbarie germanique et l'oppression féodale aboutirent à une doctrine qui est un des fondements de notre ordre civil. La publicité, en sauvegardant les intérêts des tiers, devient un élément de richesse et de civilisation; tandis que les jurisconsultes romains, dont la science est restée sans égale, n'eurent jamais le soupçon des vrais principes qui doivent présider aux transactions immobilières. C'est la preuve éclatante du

gouvernement providentiel dont l'action se montre dans toutes les faces du développement de l'humanité : ce n'est pas aux Germains ni aux barons féodaux que nous devons le bienfait de la publicité, c'est à la Providence divine qui préside aux destinées du genre humain et au progrès qu'il accomplit dans la voie de la vérité (7).

292. On appelait coutumes *de saisine et de nantissement* celles dans lesquelles la propriété des immeubles se transférait par les *œuvres de loi* ou la *réalisation :* c'était une prise de possession constatée par les tribunaux, sur des registres publics déposés au greffe. Le *nantissement* est au fond identique avec la *transcription* de notre loi hypothécaire; il n'en diffère que par les formes qui, d'après les coutumes, étaient judiciaires, tandis que, d'après le droit moderne, elles sont administratives. Cette différence vient de ce que, avant la révolution de 1789, les tribunaux étaient investis de la juridiction dite volontaire ou gracieuse, que les lois nouvelles attribuèrent à des fonctionnaires de l'ordre administratif. Ce système de publicité régnait au nord de la France et dans toute la Belgique, y compris les provinces septentrionales de l'ancien royaume des Pays-Bas. On appelait *devoirs de loi* les formalités du nantissement, bien qu'elles n'eussent pas été introduites par la loi, mais le législateur les consacra, ce qui leur donna force de loi générale. On distinguait toutefois les formalités des *devoirs de loi* proprement dits, et celles qui portaient le nom de *main-mise, main-assise, mise de fait*. Ces dernières dénominations étaient usitées là où la mise en possession se faisait par les juges royaux; tandis que l'on donnait le nom d'*ensaisinement* ou de *devoirs de loi* à la mise en possession qui se faisait par les officiers du seigneur dont les biens étaient mouvants. C'était l'expression usuelle, ce qui se comprend, le nantissement étant d'origine féodale. Toute aliénation d'un droit immobilier implique une abdication de l'ancien propriétaire, et une transmission ou une acquisition de l'acquéreur. Ce double fait constituait le *nantissement*. On appelait *dessaisine* ou *déshéritance* l'abdication du vendeur, et *saisine* ou *inhéritance* l'acquisition de l'acheteur. Il y avait encore d'autres mots pour exprimer la même idée; les formes et les expressions variaient d'une coutume à l'autre (n°s 14-19).

293. Les *devoirs de loi* étaient requis pour que la propriété fût transmise à l'égard des tiers. Tant que les formalités du nantissement n'étaient pas remplies, le vendeur restait propriétaire à l'égard des tiers; de sorte qu'il pouvait vendre l'immeuble à un second acquéreur, lequel devenait propriétaire de préférence au premier s'il remplissait les *devoirs de loi*. Tout tiers pouvait se prévaloir du défaut de publicité, même les créanciers chirographaires; ceux-ci conservaient leur gage sur l'immeuble vendu, tant que l'acheteur n'était pas *ensaisiné*. Toutefois, les tiers devaient être de bonne foi; ceux qui avaient connaissance de la transmission ne pouvaient pas invoquer le défaut de publicité.

Les *devoirs de loi* étaient exigés pour tout acte entre-vifs translatif de droits réels immobiliers. Quelques coutumes étendaient ces formalités aux baux; la plupart en exceptaient la transmission par succession ou *ab intestat* ou testamentaire. Tel est aussi le principe de notre législation moderne (n° 6).

294. Les formes prescrites par les coutumes de nantissement étaient féodales; la féodalité fut détruite jusqu'aux derniers vestiges, dans la célèbre nuit du 4 août 1789. Cependant, chose remarquable, l'Assemblée constituante, bien qu'ennemie jurée de toutes les institutions féodales, maintint le principe consacré par les coutumes de nantissement. Rien de plus logique : la publicité était l'âme du nouvel ordre politique, il fallait donc la maintenir et la généraliser dans les relations civiles, sauf à remplacer les formes féodales par des formes appropriées au nouveau régime. La transcription prit la place du nantissement. La loi hypothécaire du 11 brumaire an VII en fit une règle générale; l'article 26 porte : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auront contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. » La publicité était donc une loi générale au moment où l'on discuta le projet de code civil. Comment se fait-il que les auteurs du code abandonnèrent la tradition révolutionnaire et le principe de publicité que l'Assemblée constituante avait consacré? (n[os] 26-27).

La section de législation du conseil d'État avait reproduit l'ar-

ticle 26 de la loi de brumaire. Au conseil d'État, Tronchet attaqua avec violence le système de publicité, qu'il qualifia de funeste et de désastreux. C'était dire que la lumière du soleil est une calamité qui nous prive des bienfaits des ténèbres de la nuit. Il est inutile d'insister sur une vérité qui est d'évidence. Le principe de publicité fut néanmoins adopté par le conseil, avec quelques explications, qui ne touchaient pas au système; on renvoya la disposition du projet à la section de législation pour rédaction. Nous ignorons ce qui se passa après ce renvoi. Il n'y a pas de trace d'un nouveau rapport, d'un nouveau débat, d'un second vote. La question capitale du régime hypothécaire s'est trouvée décidée, on ne sait comment, par le silence du code, dans le sens de la clandestinité (n°s 28 et 29).

La clandestinité n'est pas un principe, c'est un vice. C'était le grand défaut que l'on reprochait au code civil. Notre loi hypothécaire est revenue à la publicité, qui est pour nous une tradition nationale. Elle a été introduite en France par une loi du 23 mars 1855 (n° 30).

CHAPITRE II.

DE LA TRANSCRIPTION.

SECTION I. — Des actes soumis à la transcription.

§ I. *Le principe.*

Sommaire.

295. Ne sont soumis à la transcription que les actes dont la loi prescrit la publicité sous cette forme.

296. Pour qu'il y ait lieu à la transcription il faut 1° un *acte*. Conséquence qui en résulte.

297. Les transmissions qui se font en vertu de la loi ne sont pas soumises à la transcription.

298. 2° Il faut qu'il s'agisse d'une transmission *immobilière*.

299. 3° Il faut qu'il s'agisse d'actes *entre-vifs*.

295. La loi détermine les actes dont elle ordonne la transcription. Il n'y a que ces actes qui doivent être transcrits. La loi prescrit encore la publicité de certains actes par la voie de l'in-

scription. Et il y a des actes qui ne doivent pas être rendus publics, quoiqu'ils intéressent les tiers. De là suit qu'il faut s'en tenir strictement au texte pour décider quels actes doivent être transcrits. Cela est aussi fondé en raison. Quand un acte est soumis à la transcription et qu'il n'a pas été transcrit, il ne peut être opposé aux tiers, la loi le considère comme n'existant pas à leur égard. Or, il n'y a que le législateur qui puisse destituer de toute efficacité, à l'égard des tiers, des actes qui sont valables en eux-mêmes, et qui produisent tous leurs effets entre les parties contractantes. Pourquoi la loi enlève-t-elle à ces actes toute force à l'égard des tiers? C'est dans un intérêt général, l'intérêt du crédit particulier et public. Or, la loi seule est gardienne de l'intérêt de la société; l'interprète, le juge ne s'occupe que des droits privés et des intérêts qui s'y rattachent. Le principe est donc que ne sont soumis à la transcription que les actes dont la loi prescrit la publicité sous cette forme (n° 31).

296. L'article 1er de la loi hypothécaire porte : « Tous *actes* translatifs de droits réels immobiliers seront transcrits. » La première condition requise pour qu'il y ait lieu à transcription est donc qu'il existe un *acte*, c'est-à-dire un écrit constatant la transmission ; et cet écrit, d'après l'article 2, doit être dans la forme authentique. Le principe résulte de la nature même de la transcription. Transcrire, c'est copier, et pour copier, il faut un écrit que le conservateur puisse transcrire. Si les parties n'ont pas dressé d'acte de leurs conventions, elles ne peuvent pas remplir les formalités de la transcription, par suite leurs conventions n'auront pas d'effet à l'égard des tiers. C'est une grave innovation au code civil, d'après lequel l'écrit ne sert que de preuve ; tandis que, d'après la loi nouvelle, les conventions n'existent à l'égard des tiers que si elles sont constatées par un acte authentique transcrit. Les contrats translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers sont donc, à l'égard des tiers, des actes solennels; ils n'ont d'existence légale à leur égard que par l'accomplissement des formes prescrites par la loi (n° 32).

297. Il suit de là que les acquisitions faites en vertu de la loi ne sont pas soumises à la transcription, car elles ne sont pas constatées par acte. Telle est l'attribution faite, en cas de divorce par consentement mutuel, aux enfants de la moitié des biens de

leurs père et mère (art. 305). C'est une lacune. La publicité, une fois admise, devrait être générale (n° 32).

298. La seconde condition requise pour qu'il y ait lieu à la transcription est qu'il s'agisse de droits réels immobiliers. Quant aux meubles, on distingue; les meubles corporels se transmettent sans aucune formalité; quant aux droits mobiliers, nous y reviendrons plus loin. Les meubles corporels se transmettent sans publicité; les tiers acquéreurs n'y ont aucun intérêt, ils sont garantis par la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Les créanciers chirographaires seraient intéressés à connaître les transmissions mobilières, puisqu'ils contractent sur la foi du gage que leur présentent les biens du débiteur. Mais il y a un intérêt plus grand qui l'emporte : l'intérêt du commerce exige la circulation rapide des valeurs mobilières, et la nécessité de dresser un acte authentique et de transcrire eût été une entrave pour les relations civiles. Les transactions immobilières, au contraire, comportent plus de lenteur; les parties ont l'habitude de les constater par écrit, et elles sont intéressées à leur donner de la publicité (n° 37).

299. Il y a une troisième condition pour qu'il y ait lieu à transcription : il faut qu'il s'agisse d'actes *entre-vifs*. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas étendu le principe de publicité aux actes à cause de mort, les successions et les testaments? Pour les successions *ab intestat*, il y avait un obstacle, et il est invincible; c'est que la transmission se fait en vertu de la loi, sans acte, donc il n'y a rien à transcrire. Cette raison n'existe pas pour les testaments, puisqu'ils se font par acte. Pour justifier l'exception, on dit que le principe de la transcription, appliqué aux légataires, aurait compromis leurs droits. En effet, si l'héritier vendait la chose léguée, avant que le légataire ait transcrit, celui-ci n'aurait aucune action contre le tiers acquéreur, bien qu'il n'y eût aucune faute à lui reprocher, car il ne peut transcrire avant de connaître le testament, et d'ordinaire il n'en acquiert la connaissance que par les héritiers. Cela est vrai, mais c'est un cas qui se présentera rarement, et l'on ne devrait pas se prévaloir d'une exception pour écarter la publicité, qui est d'intérêt général et d'une application journalière. Le code lui-même prescrit la publicité des dispositions testamentaires qui contiennent une substitution fidéicommissaire

permise (art. 1069). Nous avons dit, au titre des *Donations et Testaments*, quels sont les motifs spéciaux qui ont fait établir la publicité, en matière de substitutions (1) (nos 39, 41, 42).

§ II. *Application.*

Sommaire.

300. Doivent être transcrits « tous actes entre-vifs à *titre gratuit* », c'est-à-dire, les donations. Par une singulière inconséquence, le code civil, qui ne prescrivait pas la publicité des actes à titre onéreux, voulait que les donations de biens susceptibles d'hypothèques fussent transcrites (art. 939). De là la question de savoir si les articles 939-942, relatifs à cette transcription, sont encore en vigueur, ou s'ils sont abrogés par la loi hypothécaire. Il n'y a pas d'abrogation expresse, mais il a été dit, lors de la discussion du projet de loi dans la chambre des représentants, qu'il y avait des dispositions du code civil, au titre des *Donations*, qui se trouvaient abrogées par la loi nouvelle. Cela résulte d'ailleurs du texte et de l'esprit de la loi. Si le législateur belge avait voulu maintenir les articles du code civil concernant la publicité des donations, il n'aurait pas mentionné les actes à titre gratuit dans l'article 1er de la loi, parmi ceux qui sont soumis à la transcription. Les actes à titre gratuit étant mis par la loi nouvelle sur la même ligne que les actes à titre onéreux, il en résulte que la publicité à laquelle les uns et les autres sont soumis est la même; donc il n'y a qu'un seul et même système pour tous les actes, sans distinguer les donations des autres contrats. Or le système de publicité que la loi nouvelle établit est plus complet que la publicité imparfaite que le code civil consacrait pour les donations; par-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 299, n° 402.

tant il y a incompatibilité entre le code de Napoléon et la loi hypothécaire, ce qui entraîne l'abrogation tacite de la loi ancienne.

Nous disons que la publicité du code civil est incomplète. Cela résulte du texte de l'article 939; il ne soumet à la transcription que les donations de biens susceptibles d'hypothèques; les donations de biens immeubles non susceptibles d'hypothèques ne doivent pas être transcrites. Cette publicité imparfaite prouve que les auteurs du code civil n'avaient pas pour objet de garantir les droits de tous les tiers, ils se préoccupaient surtout de l'intérêt des créanciers hypothécaires. Il n'en est pas de même de la loi belge; elle ne reproduit pas la restriction de l'article 939; d'après l'article 1er, toute donation doit être transcrite, dès qu'elle a pour objet un droit réel immobilier. Le législateur a voulu garantir les intérêts de tous les tiers, même des créanciers chirographaires, comme nous le dirons plus loin. Une loi nouvelle qui organise un système complet de publicité déroge nécessairement à une loi ancienne qui organisait une publicité imparfaite. Les article 939-942 sont donc abrogés et remplacés par l'article 1er de la loi belge (nos 44-47).

301. Il suit de là que toute donation immobilière est soumise à la transcription, pourvu qu'elle soit translative de propriété. Telles sont les donations de biens présents faites par contrat de mariage (art. 1081). Quant à la donation de biens à venir (art. 1082), elle n'est pas translative de propriété; c'est la donation d'une succession, et la succession ne s'ouvre qu'à la mort du donateur; celui-ci reste propriétaire de ses biens. L'institution contractuelle n'étant pas translative de propriété, elle ne tombe pas sous l'application de l'article 1er : le texte ne prescrit pas la transcription, donc elle ne doit pas être transcrite (1).

Il en est même ainsi de la donation cumulative des biens présents et à venir (art. 1084); la propriété des biens présents n'est pas transmise au donataire, donc l'institution n'est pas translative de propriété, ce qui décide le question de transcription. Toutefois, au décès du donateur, le donataire peut s'en tenir aux *biens présents;* dans ce cas, il peut revendiquer les immeubles compris parmi les biens présents que le donateur aurait aliénés.

(1) Voyez, ci-dessus, n° 295.

Mais pour revendiquer, il faut être propriétaire à l'égard des tiers, et d'après notre loi hypothécaire, on ne l'est qu'en vertu de la *transcription*. Le donataire a donc un intérêt éventuel à transcrire l'institution cumulative, pour le cas où il s'en tiendrait aux biens présents (n°s 48-51).

Quant à la donation entre époux pendant le mariage, si elle comprend les *biens présents*, elle est translative de propriété. Si c'est une *institution contractuelle*, on applique ce que nous venons de dire (n° 53).

302. 2° Doivent être transcrits les actes à titre onéreux translatifs de *droits réels immobiliers*. Cette disposition comprend d'abord les actes translatifs de la pleine propriété, tels que la vente, la dation en payement, l'échange (n°s 57, 63, 66); ensuite les démembrements de la propriété, l'usufruit, l'usage, les servitudes, l'emphytéose et la superficie. La loi belge a suivi, en ce point, notre tradition nationale, les coutumes de nantissement. Il n'en était pas de même d'après la loi du 11 brumaire an VII; elle restreignait la publicité aux immeubles susceptibles d'hypothèques. C'était une publicité incomplète; or la publicité, de son essence, doit comprendre tous les actes qui peuvent intéresser les tiers, car elle doit sauvegarder tous les intérêts (n° 77).

L'article 1er ajoute : « les droits réels *autres que les priviléges et les hypothèques*. » Ce n'est pas une exception au principe de publicité, puisque les priviléges et hypothèques doivent aussi être rendus publics; mais le mode de publicité diffère; la transcription est remplacée par l'inscription, comme nous le dirons plus loin.

303. L'article 1er, après avoir posé en principe que tous *actes* translatifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits, ajoute : « Il en sera de même des *jugements* passés en force de chose jugée tenant lieu de *conventions* ou de *titres*, pour la translation de ces droits. » Sous l'empire de l'ancien code de procédure, il y avait des jugements qui semblaient tenir lieu de *conventions*, c'étaient les *jugements d'adjudication*. Il y a des cas où la vente se fait en justice, par exemple, quand un immeuble est saisi; c'est alors le *jugement* qui vaut vente. En réalité, le jugement ne fait que constater la vente, le juge remplace le notaire, le jugement tient donc lieu de l'*acte notarié*, c'est-à-dire du *titre authentique*. Il n'est pas exact de dire qu'il tient lieu de conven-

tion. La vente se forme par concours de consentement; or, il est d'évidence que ce n'est pas le juge qui consent, c'est la partie intéressée, le juge ne fait que constater ce consentement. D'après les vrais principes, ce n'est pas le juge qui devrait constater le contrat dans les formes judiciaires, c'est là une fonction de la juridiction volontaire que nos lois attribuent aux notaires. La loi belge du 15 août 1854 sur la saisie a consacré ces principes. L'adjudication se fait par un notaire, en présence du juge de paix, conformément à la loi du 12 juin 1816; d'après l'article 49, le titre de l'acquéreur se compose du cahier des charges et du procès-verbal d'adjudication; c'est ce titre que l'adjudicataire doit faire transcrire (n° 87).

Qu'est-ce que l'article 1er entend par *jugements tenant lieu de titre?* On suppose qu'une vente a été faite verbalement; le vendeur nie qu'il y ait vente; l'acheteur agit en justice pour faire déclarer par le juge qu'il y a contrat et que le défendeur sera forcé de l'exécuter. Le jugement qui adjuge ces conclusions tiendra lieu de *titre,* c'est-à-dire d'acte authentique constatant qu'une vente a eu lieu (n° 88); partant il est soumis à la transcription.

Mais les jugements ne sont pas une catégorie d'actes différents de ceux que l'article 1er appelle *actes translatifs de droits réels immobiliers;* la disposition concernant les jugements est, au contraire, une application du principe général, d'après lequel *tout acte* est soumis à la transcription quand il constate une convention translative de propriété; or le jugement est un *acte,* et il constate une transmission de propriété immobilière, donc il doit être transcrit.

Nous ajouterons, pour nos jeunes lecteurs, que l'expression actes à titre gratuit ou à titre onéreux, *translatifs* de droits réels immobiliers, n'est pas exacte. L'*acte* qui doit être transcrit, c'est l'*écrit* qui constate le contrat par lequel la propriété est transmise; c'est le *contrat* qui est translatif de propriété, ce n'est pas l'*acte;* l'acte ne fait que constater la translation de la propriété. La rédaction confond donc la *preuve littérale* avec le *fait juridique* qu'elle a pour objet de constater. Il faut éviter cette confusion; le langage inexact conduit facilement à des idées inexactes; une erreur engendre l'autre.

304. L'article 1er de la loi soumet encore à la transcription

les *actes de renonciation à des droits réels immobiliers*. Quels sont ces *droits?* Le deuxième paragraphe se réfère au premier; il y est donc question des droits dont la transmission doit être rendue publique par la voie de la transcription; la loi les appelle *droits réels immobiliers*, c'est une expression générale qui comprend la propriété entière et les démembrements de la propriété (1). Quelles sont les renonciations qui doivent être rendues publiques? La loi ne prescrit la publicité par la voie de la transcription que des actes qui constatent une transmission de droits immobiliers, donc une mutation de propriété. Les renonciations soumises à la publicité sont donc celles qui emportent une mutation immobilière. La propriété entière ne se transmet guère par voie de renonciation. Ce mode de transmission, très-rare, ne se présente que pour les démembrements de la propriété. L'usufruitier renonce à son usufruit. Quel est l'objet et l'effet de cette renonciation? Le droit d'usufruit était dans le patrimoine de l'usufruitier; par la renonciation, il en sort pour entrer dans le domaine du nu propriétaire; il s'opère donc une mutation immobilière, soit par une donation, soit par un contrat à titre onéreux; l'acte qui constate la renonciation tombe, par conséquent, sous l'application de la règle établie par l'article 1er; dès lors il y a lieu à transcription. Ainsi, la disposition du § 2, relative aux renonciations, n'est que l'application du principe général établi par l'article 1er. Il en serait de même de la renonciation à un droit de servitude (nos 92 et 93).

Il suit de là que toute renonciation n'est pas assujettie à la transcription. Les renonciations qui n'emportent pas mutation de propriété immobilière ne doivent pas être transcrites. Telle est la renonciation à une succession ou à un legs, quand même le droit auquel on renonce serait immobilier. Il ne s'opère pas de transmission de propriété par la renonciation; en effet, celui qui renonce à une succession ou à un legs est censé n'avoir jamais été héritier ni légataire; il est donc impossible qu'il transmette un droit qu'il n'a point. Mais la renonciation de l'héritier peut être un acte de disposition, comme nous l'avons dit au titre des *Successions* (2). Dans ce cas, l'héritier accepte la succession, il

(1) Voyez, ci-dessus, n° 302.
(2) Voyez le t. IX de ce cours, p. 72, n° 86.

dispose d'un droit qui est dans son patrimoine; il y a mutation, partant l'acte de renonciation devra être transcrit (n° 97).

305. 3° L'article 1er soumet à la transcription les actes *déclaratifs* de droits réels immobiliers, c'est-à-dire les partages qui, d'après le code civil (art. 883), sont déclaratifs et non translatifs de propriété. Pourquoi la loi prescrit-elle la publicité d'actes qui n'emportent pas mutation? C'est que le partage apporte dans la situation des cohéritiers un changement qui intéresse les tiers. Jusqu'au partage, les héritiers sont copropriétaires par indivis de tous les biens héréditaires, et ils peuvent disposer de cette propriété indivise. Le partage met fin à l'indivision et aux droits qui en résultent pour les héritiers; ils n'ont plus qu'un droit divisé sur les biens mis dans leur lot. Ce changement intéresse les tiers; ils doivent savoir si les héritiers avec lesquels ils traitent sont propriétaires par indivis ou propriétaires divisés de certains biens. Or, le but de la loi belge a été de donner aux tiers une connaissance complète de la situation immobilière de celui avec lequel ils traitent. La loi devait donc soumettre les actes de partage à la publicité (n° 101).

Par application de cette disposition, les partages d'ascendant doivent être transcrits. Cela est certain quand ils se font par donation, puisque toute donation est soumise à la transcription. A notre avis, il en est de même des partages faits par testament; il est vrai que les actes à cause de mort sont dispensés de la publicité, mais c'est seulement en tant qu'ils sont translatifs de propriété; quant aux partages d'ascendant, ils ont un double caractère, à titre de testaments, ils ne sont pas soumis à la transcription, mais ils y sont soumis à titre de partages (n° 104).

306. 4° Doivent être transcrits certains baux d'immeubles. D'abord les baux qui excèdent neuf ans. Pourquoi la loi prescritelle la publicité de ces baux, bien qu'ils ne constituent pas un acte d'aliénation? Nous avons dit, au titre du *Louage* (1), que les acquéreurs sont liés par les baux qui ont date certaine; ils ont donc grand intérêt à les connaître, car ils ne pourront entrer en jouissance qu'à l'expiration du bail, et ils seront tenus des obligations du bailleur auquel ils sont subrogés par la loi (art. 1743).

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 507, nos 859 et 860.

Il suit de là que l'existence d'un bail diminue la valeur de l'immeuble loué; de là l'intérêt des tiers créanciers hypothécaires à savoir si le fonds qui leur est donné en gage est loué; la garantie que leur donne l'hypothèque se réalise par la vente de la chose hypothéquée, et elle se vend plus difficilement et à des conditions moins favorables quand elle est louée; donc le bail devait être porté à la connaissance des tiers créanciers, qui traitent avec le propriétaire sur la foi d'une garantie hypothécaire. Ces motifs sont généraux et s'appliquent à un bail de trois ans, aussi bien qu'à un bail de neuf ans. Pourquoi donc la loi n'a-t-elle prescrit la publicité que pour les baux de neuf ans? C'est que le législateur a dû concilier tous les intérêts. Or l'obligation de transcrire les baux de courte durée serait une gêne et une dépense pour les parties contractantes; et quant aux tiers, la publicité est moins nécessaire, puisque, en voyant les lieux occupés par un locataire ou un fermier, ils doivent s'attendre à ce que le bail ait la durée ordinaire de neuf ans (n[os] 114 et 115).

Il résulte de la loi hypothécaire une dérogation au code civil. Lorsque le bail est de neuf ans, on reste sous l'empire du code Napoléon, la loi belge ne s'occupe pas de ces baux. Si le bail a plus de neuf ans, il pouvait être opposé aux tiers acquéreurs, quand il avait date certaine; tandis que, d'après la loi nouvelle, il ne peut leur être opposé que s'il est transcrit : le bail, fût-il authentique, ne peut être opposé aux tiers, quoiqu'il ait date certaine. La dérogation est fondée sur l'intérêt des tiers; la date certaine ne les prévient pas de l'existence du bail; il fallait donc prescrire la publicité du bail : c'est le seul moyen de sauvegarder l'intérêt des tiers (n° 116).

En second lieu, doivent être transcrits les baux contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Dans cette hypothèse, la loi ne tient pas compte de la durée des baux; quand même le bail n'aurait qu'une durée de six ans, il devrait être transcrit s'il y avait un payement anticipatif de trois ans de loyer constaté dans l'acte. La raison en est que la valeur de l'héritage est diminuée par le payement anticipé, l'acquéreur ne touchera pas les loyers et les fermages payés d'avance, et si l'immeuble est hypothéqué, il se vendra à un prix moins élevé à cause de cette diminution de valeur. Cette raison est aussi générale, et logiquement la loi

aurait dû prescrire la publicité de tout bail contenant quittance anticipative de loyers ou de fermages, quand même le preneur n'aurait payé d'avance qu'un an ou deux ans de son prix. Mais ici encore le législateur a dû tenir compte de tous les intérêts, en ne multipliant pas sans nécessité une formalité gênante et coûteuse; or la transcription est moins nécessaire pour les payements anticipatifs d'un an ou de deux ans, puisque pour certains baux, ceux de biens ruraux, ce payement est d'usage et les tiers doivent s'y attendre (n° 119).

SECTION II. — Des formalités de la transcription.

Sommaire.

307. En principe, la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques (art. 2). C'est une grave dérogation au code civil. Les contrats soumis à la transciption, ventes, partages, baux, peuvent se faire par actes sous seing privé; si un acte sous seing privé suffit pour prouver le contrat entre les parties, pourquoi exige-t-on un acte authentique pour que la convention puisse être rendue publique et avoir effet à l'égard des tiers? C'est obliger les parties qui sont intéressées à ce que leur contrat puisse être opposé aux tiers, à faire dresser un acte authentique, ce qui est une gêne et une dépense. Quelles sont les raisons de cette innovation? Le législateur a prescrit la publicité des transactions immobilières afin de consolider la propriété en mettant les tiers acquéreurs à l'abri de toute éviction, et en donnant aux tiers créanciers hypothécaires une garantie de la stabilité de leurs droits. Pour assurer et consolider les droits des tiers, le fait matériel de la transcription ne suffit point; il faut avant tout que les actes transcrits soient stables et autant que possible inattaquables. Or, les actes authentiques ont seuls cet avantage; ils font foi par

eux-mêmes, tandis que les actes sous seing privé ne font foi que lorsqu'ils ont été reconnus ou vérifiés en justice; il suffit que l'écriture ou la signature soient déniées pour qu'ils n'aient aucune foi, et pour qu'ils donnent lieu à un procès long et chanceux. Ce n'est pas tout. Les ventes, les partages, les baux sont des contrats synallagmatiques; l'acte sous seing privé qui les constate est soumis à des formalités spéciales, dont l'inobservation lui enlève toute force probante; voilà une nouvelle cause d'incertitude et de procès. Enfin le législateur a voulu que l'acte fût transcrit en entier, afin de donner aux tiers une connaissance exacte et complète des conventions qu'ils sont intéressés à connaître. Cela suppose des actes rédigés avec soin; sous ce rapport, les actes authentiques doivent être préférés aux actes sous seing privé (n° 124).

308. L'article 2 admet d'abord à la transcription les jugements. Il s'agit des jugements qui, d'après l'article 1er, tiennent lieu de convention ou de titre; il faut donc que les jugements soient passés en force de chose jugée; tant qu'ils peuvent être attaqués par l'appel ou l'opposition, les jugements n'équivalent pas à un acte qui de son essence est stable (n° 125).

La loi admet en second lieu à la transcription les actes authentiques, c'est-à-dire les actes notariés, car les notaires ont seuls le droit de recevoir les actes auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité : tels sont les donations, ventes, partages et baux qui sont soumis à la transcription (n° 126).

Les actes sous seing privé sont admis à la transcription quand ils ont acquis le caractère d'authenticité par une reconnaissance en justice ou devant notaire. Si la partie reconnaît volontairement l'écrit sous seing privé qu'on lui oppose, le jugement en donne acte au demandeur; si elle dénie l'écriture ou la signature, on procède à la vérification en justice, et dans ce cas, il intervient encore un jugement qui déclare que l'écrit est reconnu (n° 127).

La reconnaissance devant notaire se fait par acte notarié; le notaire y doit constater les conventions telles qu'elles se trouvent relatées dans l'acte sous seing privé, c'est-à-dire les copier. En effet, la transcription exigée par la loi est la copie littérale de l'acte; il faut donc que l'acte en entier soit reconnu par les parties et que le notaire dresse acte de cette reconnaissance. Un simple acte de *dépôt* ne suffirait point; cet acte constate seule-

ment qu'un acte sous seing privé a été *déposé* chez un notaire, il n'imprime pas l'authenticité à l'écriture (nº 128).

309. L'article 2 ajoute : « Les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme », c'est-à-dire qu'elles doivent être constatées par un acte authentique, et cet acte doit être transcrit en même temps que l'acte principal. En principe, le mandat peut être donné par acte sous seing privé (art. 1985). Cette règle reçoit exception quand l'acte auquel le mandat se rapporte doit être reçu dans la forme authentique; la raison en est que le consentement, dans ce cas, doit être authentiquement constaté pour qu'il ait effet; or, c'est le mandat qui constate le consentement; il doit donc être authentique, sinon la convention à laquelle le mandant concourt par l'intermédiaire du mandataire manquerait d'un élément d'authenticité (nº 130).

310. Comment se fait la transcription? La loi (art. 1er) veut que l'acte soit transcrit en entier. Pour d'autres actes soumis à la publicité, notamment pour les priviléges et hypothèques, la loi se contente d'une inscription qui contient la mention que les tiers sont intéressés à connaître. Le législateur s'est montré plus rigoureux pour les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers et pour les baux. La raison en est que les tiers peuvent avoir intérêt à connaître toutes les clauses d'un acte, même les moins essentielles; pour les éclairer complétement, il fallait prescrire la copie littérale. D'ailleurs, l'inscription de l'acte présentait de graves inconvénients. Qui aurait rédigé l'inscription? Les parties? C'eût été les exposer à d'inévitables erreurs, et par suite de ces erreurs, l'acquéreur n'aurait pas été propriétaire à l'égard des tiers. Le conservateur? C'eût été lui imposer une responsabilité effrayante et presque impossible (nº 136).

Il suit de là que les procurations doivent être transcrites en entier. Comme le dit l'article 77 de la loi hypothécaire, elles sont le *complément* de l'acte auquel elles se rapportent; et ce complément est essentiel. En effet, la condition essentielle de toute convention, c'est le consentement; or, quand une partie donne mandat, c'est la procuration qui constate le consentement. Donc, la procuration doit être transcrite, pour qu'il y ait copie entière, ainsi que le veut la loi (nº 140).

311. Où la transcription doit-elle se faire? La loi (art. 1er)

veut que l'acte soit transcrit au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Pourquoi à ce bureau plutôt qu'à tout autre? C'est dans l'intérêt des tiers. Il faut qu'ils sachent à quel bureau ils doivent s'adresser pour avoir connaissance des actes qui ont pu être transcrits. La formalité est donc substantielle, puisqu'elle est exigée dans l'intérêt de la publicité. De là suit que la transcription faite à un autre bureau serait inopérante, les tiers ne la connaîtraient point, et par conséquent on ne pourrait pas leur opposer l'acte irrégulièrement transcrit (n° 141).

312. La transcription se fait sur un registre à ce destiné (art. 1er; c'est le registre aux transcriptions que les conservateurs doivent tenir conformément à la loi (art. 124).

Régulièrement, la transcription devrait se faire au fur et à mesure que les actes sont présentés au conservateur, et en présence du requérant; mais le plus souvent cela est impossible à cause des nombreuses occupations des conservateurs. Pour concilier l'intérêt et le droit des parties avec les besoins du service, la loi prescrit la tenue d'un registre aux dépôts (art. 124), dans lequel le conservateur inscrit jour par jour, et par ordre numérique, la remise qui lui est faite des actes de mutation pour être transcrits; il donne au requérant une reconnaissance qui mentionne le numéro sous lequel la remise a été inscrite; quand ensuite le conservateur opère la transcription, il la fait à la date de la remise constatée par le registre des dépôts. Il se peut donc qu'il y ait entre le dépôt et la transcription un intervalle de plusieurs jours; mais cela est indifférent, car la date de la transcription est assurée par le registre du dépôt (nos 143-144).

313. Le registre des transcriptions est public, de même que tous les registres dont la loi prescrit la tenue, afin de porter à la connaissance des tiers les faits juridiques qui y sont relatés. En quoi consiste la publicité? L'article 127 porte : « Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer des certificats constatant les mutations et concessions de droits réels, ainsi que les baux consentis par tous individus indiqués dans les réquisitions écrites qui lui sont faites à cette fin. » L'article 130 contient la sanction de cette disposition : « Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder la délivrance des certificats,

sous peine des dommages-intérêts des parties; à l'effet de quoi, procès-verbaux des refus ou retards seront, à la diligence des requérants, dressés sur-le-champ soit par un juge de paix, soit par un huissier ou un notaire » (n° 145).

SECTION III. — Effet de la transcription.

§ I. *Des actes translatifs ou déclaratifs de propriété.*

Sommaire.

314. La transcription n'est exigée qu'à l'égard des tiers.
315. A leur égard, les actes non transcrits n'existent point.
316. Qui est tiers dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire? Le principe s'applique-t-il aux donations et aux substitutions?
317. Sont tiers les acquéreurs à titre onéreux et à titre gratuit.
318. De même les créanciers hypothécaires.
319. Ainsi que les créanciers chirographaires.

314. La loi hypothécaire (art. 1er) porte que tous actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers seront transcrits, et que jusqu'à la transcription ils ne pourront être opposés aux *tiers*. La transcription n'est requise que dans l'intérêt des tiers, elle est étrangère aux parties contractantes. D'après le code Napoléon, les rentes et les partages sont translatifs et déclaratifs de propriété entre les parties et à l'égard des tiers, dès que le contrat est parfait, et le contrat se parfait par le concours de volontés des parties contractantes. La loi hypothécaire déroge au code en ce qui concerne la translation ou la déclaration de la propriété de droits réels immobiliers à l'égard des tiers, elle n'y déroge pas en ce qui concerne les parties. Ainsi, entre les parties la vente transfère la propriété, et le partage la déclare, par le seul effet du consentement des parties contractantes; tandis qu'à l'égard des tiers, la vente et le partage n'existent point tant qu'ils n'ont pas été transcrits; le vendeur reste donc propriétaire à l'égard des tiers, et l'indivision subsiste à leur égard entre héritiers (n° 157).

315. L'article 1er ne formule pas le principe dans ces termes absolus; il dit que l'acte non transcrit ne pourra être opposé aux tiers qui contractent sans fraude. Cette disposition semble prévoir un cas particulier, celui où le vendeur, après avoir aliéné

l'immeuble, le vendrait à un second acheteur, et le cas où il hypothéquerait l'immeuble vendu ou le grèverait d'un autre droit réel, avant que le premier acheteur ait transcrit; dans ce cas, celui-ci ne peut opposer son titre aux tiers acquéreurs, si ceux-ci ont transcrit leur acte d'acquisition ou inscrit leur hypothèque; en un mot, ceux qui ont rendu public l'acte qui leur donne un droit sur la chose peuvent opposer ce droit à un acquéreur qui n'aurait pas transcrit, celui-ci ne pouvant pas se prévaloir de son acquisition contre les tiers.

Nous dirons, en termes plus généraux, que l'acte non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers, de sorte que, s'il s'agit d'une vente, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers. C'est une conséquence du principe de publicité. La loi la prescrit pour faire connaître aux tiers les actes qui les intéressent; si l'acte n'est pas rendu public, les tiers n'ont pas pu le connaître, donc il n'a aucune existence légale à leur égard, et si la vente n'existe pas, le vendeur reste propriétaire. Cette conséquence, quoiqu'elle ne soit pas écrite dans le texte, en découle nécessairement. Je vends aujourd'hui un immeuble à Pierre qui ne transcrit point; demain je vends le même immeuble à Paul qui transcrit. Paul sera propriétaire à l'égard de Pierre. Mais pour que Paul acquière la propriété de l'héritage, il faut que, moi vendeur, j'en sois resté propriétaire; donc, malgré la vente que j'ai consentie à Pierre, je suis encore propriétaire à l'égard des tiers, je n'ai cessé de l'être qu'à l'égard de Pierre (n° 159).

Le même principe s'applique au partage. Si l'acte n'est pas transcrit, le partage n'existera pas à l'égard des tiers, et, par conséquent, à leur égard, les copartageants seront toujours considérés comme étant en état d'indivision (n° 160).

316. Qu'entend-on par *tiers* dans l'article 1er de la loi hypothécaire? Le sens du mot *tiers* doit être déterminé d'après l'objet de la disposition où il est employé. Or, dans l'article 1er, le mot *tiers* est employé par opposition aux parties contractantes. Voici, en effet, le principe que la loi établit quant à la translation de la propriété immobilière, et ce que nous disons des actes translatifs s'applique aux actes déclaratifs. *Entre les parties*, vendeur et acheteur, par exemple, la propriété se transfère par le seul effet du contrat; *à l'égard des tiers*, la propriété n'est transmise que du

jour où l'acte a été transcrit. Pourquoi? Parce qu'ils n'ont connaissance de l'acte que par la transcription; cela implique qu'ils ne figurent pas à l'acte. Donc sont *tiers* tous ceux qui ne sont pas parties à l'acte et qui, par suite, n'en ont pas connaissance. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la loi ne permet pas aux tiers de se prévaloir du défaut de transcription s'ils avaient connaissance de l'acte non transcrit. Cela suppose encore que l'on est tiers, parce qu'on ignore l'acte, et généralement on n'apprend à le connaître que par la transcription.

De là découle une règle d'interprétation d'une grande importance. Pour savoir qui est tiers, il faut voir quelles personnes sont parties contractantes et quelles personnes ne le sont pas; les dernières peuvent opposer le défaut de transcription, les premières ne le peuvent pas (n° 165).

Cette règle s'applique aux donations et aux substitutions. Il est vrai que les articles 941 et 1070 formulent le principe en termes différents, mais la loi hypothécaire déroge en ce point au code civil, parce qu'elle établit un principe nouveau, plus large que celui que le code avait emprunté à la loi de brumaire; l'ancienne loi est incompatible avec la nouvelle, donc elle est tacitement abrogée (nos 165, 169).

317. Le principe s'applique sans doute aucun aux tiers acheteurs. Si le propriétaire vend un immeuble successivement à deux acheteurs, celui qui aura transcrit son acte d'acquisition sera propriétaire, quand même son titre serait le dernier. Si les actes ont été transcrits le même jour, on applique l'article 123, qui est ainsi conçu : « La préférence se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise du titre aura été mentionnée au registre des dépôts (1). » C'est l'application du principe que la date de la transcription détermine la translation de la propriété à l'égard des tiers (nos 166-167).

Ce que nous disons des acheteurs s'applique aux donataires, de sorte que le donataire qui transcrit la donation sera propriétaire à l'égard d'un acheteur antérieur qui n'a pas transcrit. En effet, la question doit être décidée par la loi nouvelle (2); or,

(1) Voyez, ci-dessus, n° 312.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 316.

l'article 1er met les actes à titre gratuit sur la même ligne que les actes à titre onéreux : cela est décisif (n° 168).

318. Les créanciers hypothécaires sont également des tiers. Notre loi hypothécaire veut garantir tous les intérêts; or, parmi ces intérêts, le plus considérable et le plus usuel est celui des créanciers hypothécaires; ils peuvent donc opposer le défaut de transcription de tout acte translatif de propriété, à titre onéreux ou à titre gratuit. On suppose qu'ils ont conservé leur droit par l'inscription, et cette inscription, comme nous le dirons plus loin, doit être prise avant la transcription de l'acte de vente ou de donation (art. 112) (n° 170).

319. Les créanciers chirographaires sont également des tiers. Si l'on admet notre principe (1), cela est évident : ils ne figurent pas à l'acte, donc ils sont des tiers. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute; elle a voulu sauvegarder les droits de tous ceux qui, ayant intérêt à connaître l'acte soumis à la transcription, n'en ont pas connaissance, l'acte n'ayant pas été transcrit : cet acte n'existe pas à leur égard. On ne peut pas objecter les principes du code civil, puisque l'objet de la loi nouvelle a été précisément d'établir un principe nouveau (nos 173-180).

320. Pour que les tiers puissent opposer le défaut de transcription, il faut qu'ils aient contracté *sans fraude* (art. 1er). Quand y a-t-il fraude? La loi suppose que le second acquéreur, en traitant avec le vendeur qui avait déjà aliéné l'immeuble, connaissait l'existence de la vente; cela suffit, dit le rapport de la commission de la chambre des représentants, pour qu'il soit de mauvaise foi, et pour qu'il soit repoussé par l'exception de dol. La condition de bonne foi s'explique par le but que le législateur a eu en prescrivant la publicité; il a voulu avertir les tiers de l'existence des actes dont l'ignorance pourrait leur causer préjudice; or si le second acquéreur ou un créancier hypothécaire sait que l'immeuble qu'il achète ou qui lui est hypothéqué a été vendu par un acte non transcrit, il ne peut pas dire qu'il ignorait cet acte, et qu'il serait trompé et lésé, si on pouvait le lui opposer. La loi veut protéger les tiers de bonne foi; et, dans l'espèce, c'est un tiers de mauvaise foi qui veut se prévaloir du défaut de

(1) Voyez, ci-dessus, n° 316.

publicité légale, alors que la publicité est inutile, puisqu'il connaît l'existence de l'acte, bien qu'il n'ait pas été rendu public (n° 191).

L'article 1071 du code civil établit un principe différent pour les substitutions; il est ainsi conçu : « Le défaut de transcription ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pouvaient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription. » La jurisprudence appliquait ce principe aux donations. Il est certain que, d'après la loi nouvelle, les donations ne sont plus régies par le code civil (1). On doit en dire autant des substitutions quand elles sont faites par donation; mais les substitutions peuvent aussi être faites par testament, et il est difficile de considérer, dans ce cas, comme abrogé, l'article 2071, puisque la loi hypothécaire ne soumet pas les dispositions testamentaires à la transcription. Il en résulte qu'il y a deux principes contraires, pour une seule et même matière. Cela prouve que le législateur aurait dû coordonner la loi hypothécaire avec le code civil, comme la proposition en avait été faite lors de la discussion (n° 192).

§ II. *Des baux.*

Sommaire.

321. Les baux excédant neuf ans, qui n'ont pas été transcrits, sont réduits à la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve au moment où le droit des tiers prend naissance.

322. Si un bail contenant quittance anticipative de trois ans de loyer n'est pas transcrit, le payement ne pourra pas être opposé aux tiers.

321. Les baux excédant neuf années doivent être transcrits; s'ils ne l'ont pas été, seront-ils considérés à l'égard des tiers comme n'existant pas? La loi n'applique pas aux baux le principe qu'elle suit pour les aliénations et les partages. Quoique non transcrit, le bail pourra être opposé aux tiers; seulement il sera réduit à la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve, au moment où le droit des tiers prend naissance. C'est ce que dit l'article 1er de la loi, aux termes duquel la durée des baux non transcrits sera réduite, conformément à l'article 1429 (2).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 200.

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 286, n° 481.

Quelle est la raison de la différence que la loi fait entre les baux et les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers? Toute vente, tout partage, doivent être transcrits; tandis que les baux de moins de neuf ans ne doivent pas être rendus publics; donc les tiers ne sont pas censés intéressés à connaître les baux de neuf ans; partant le preneur doit avoir son droit assuré pour une durée de neuf ans, malgré le défaut de publicité; c'est seulement le bail, en tant qu'il est soumis à la transcription, qu'il ne peut opposer aux tiers, quand il n'a pas été transcrit. C'est dire que le bail ne peut pas être opposé aux tiers, pour ce qui excède la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve.

Quand on dit que le bail peut toujours être opposé aux tiers pour une période de neuf ans, soit qu'il ait été fait pour ce terme, soit qu'il ait été réduit, cela veut dire que les tiers doivent respecter le bail conformément au code civil. Il faut donc appliquer l'article 1743; le preneur ne peut opposer son bail aux tiers acquéreurs que s'il a date certaine. Sous ce rapport, la loi hypothécaire ne déroge pas au code civil; mais elle y déroge en ce sens, que sous l'empire du code Napoléon un bail, quelque longue que fût sa durée, pouvait être opposé à l'acquéreur, dès qu'il avait date certaine, tandis que, d'après la loi hypothécaire, le bail qui excède neuf ans, quand même il aurait date certaine, ne peut être opposé aux tiers que pour une période de neuf ans, s'il n'a pas été transcrit. Nous en avons dit la raison plus haut (1) (nos 198 et 200).

322. Quel est l'effet des baux contenant quittance d'au moins trois années de loyer, quand ils n'ont pas été transcrits? Il faut appliquer à ces baux le principe qui régit la publicité du bail. Quoique non transcrit, le bail n'est pas considéré comme inexistant à l'égard des tiers, il peut leur être opposé comme bail non sujet à transcription. Ainsi un bail de neuf ans contient une quittance anticipative de trois ans de loyer; ce bail ne doit pas être transcrit à raison de sa durée; il peut être opposé aux tiers dès qu'il a date certaine. Mais il aurait dû être transcrit à raison du payement anticipatif constaté dans l'acte; sous ce rapport, il ne pourra être opposé aux tiers; c'est-à-dire que le preneur, à leur

(1) Voyez, ci-dessus, n° 307.

égard, sera considéré comme n'ayant pas fait de payement anticipatif; il sera obligé de payer de nouveau, à l'égard des tiers. Si le bail est de dix-huit ans et s'il n'a pas été transcrit, il ne pourra être opposé aux tiers, que pour la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve, et de plus le payement anticipatif de trois ans de loyer ne pourra lui être opposé (n° 202).

CHAPITRE III.

DE L'INSCRIPTION.

§ I. *Des demandes en nullité et en révocation.*

N° 1. DE LA PUBLICITÉ.

Sommaire.

323. La loi hypothécaire (art. 3) soumet à la publicité, par la voie de l'inscription, les demandes en nullité ou en révocation des droits réels immobiliers et les décisions rendues sur ces demandes. Quel est le motif de cette publicité? La loi suppose que des droits immobiliers ont été transmis et que l'acte a été transcrit. Ces transmissions peuvent être opposées aux tiers : s'agit-il d'une vente, l'acheteur sera propriétaire à leur égard. Si les droits de l'acheteur sont attaqués par une action en nullité ou en révocation, les tiers ne peuvent plus traiter en sûreté avec lui, puisque, propriétaire aujourd'hui, il peut ne plus l'être demain, et l'annulation ou la révocation de son droit réagira régulièrement contre les tiers. Or, le but de la loi nouvelle est de donner aux tiers une connaissance exacte de la situation du propriétaire avec lequel ils contractent; elle devait donc les avertir du danger dont les menacent les demandes en nullité et en révocation. Par la

même raison, les jugements qui interviennent sur ces demandes doivent être rendus publics (n° 205).

324. La loi prescrit d'abord la publicité des demandes en nullité. L'annulation des actes réagit toujours contre les tiers; ceux-ci sont donc intéressés à connaître les demandes en nullité qui menacent le droit du propriétaire avec lequel ils vont traiter et, par conséquent, les droits qu'il pourrait leur accorder (n° 206).

La loi s'applique, en second lieu, aux demandes en *révocation*. Dans la terminologie du code civil, cette expression ne s'applique qu'aux donations; quand il s'agit d'actes à titre onéreux, la loi se sert du mot de *résolution*. Il va sans dire que l'article 3 comprend la résolution aussi bien que la révocation. La résolution opère toujours rétroactivement; sous ce rapport, elle est identique avec l'annulation. Il n'en est pas de même de la révocation. Il y a des cas où elle ne rétroagit point : telle est la révocation des donations pour cause d'ingratitude, et la révocation de l'usufruit prononcée pour abus de jouissance. Dans ces cas, la révocation n'a effet à l'égard des tiers que du jour où la demande a été rendue publique par l'inscription; les actes antérieurs sont maintenus. C'est une raison de plus pour prévenir les tiers, puisque c'est à partir de la date de l'inscription que la révocation aura effet à leur égard (n°s 207-208).

325. Pour qu'il y ait lieu à la publicité prescrite par la loi hypothécaire, il faut qu'il y ait une *demande*, c'est-à-dire, une action judiciaire. Quand la révocation a lieu de plein droit, telle que la révocation d'une donation pour survenance d'enfant, il ne peut pas s'agir de la publicité ordonnée par l'article 3, parce qu'il n'y a rien à inscrire. Il en est de même, et pour la même raison, quand la résolution a lieu en vertu d'une condition résolutoire expresse; en effet, elle a lieu sans demande judiciaire (n°s 210-211).

Il faut que la demande tende à l'annulation ou à la révocation de droits immobiliers dont la transmission a été rendue publique par la transcription. Telle serait l'action paulienne. Quand il n'y a ni annulation ni révocation, l'article 2 est inapplicable; telle est l'action en revendication d'un immeuble contre un détenteur dont le titre est annulable ou révocable; car le propriétaire

n'agit pas en annulation ni en révocation; il revendique sa chose, en vertu de son droit de propriété contre tout possesseur (nos 214-215).

326. L'article 3, deuxième paragraphe, porte : « *Toute décision* rendue sur une semblable demande doit également être rendue publique. » Cela ne veut pas dire que tout jugement intervenu dans l'instance en nullité ou en révocation doit être inscrit : les jugements préparatoires et interlocutoires ne sont pas des *décisions*, donc ils ne doivent pas être rendus publics; en effet, les tiers n'ont aucun intérêt à les connaître. Si la loi dit que *toute* décision doit être rendue publique, cela veut dire que tout jugement qui décide la contestation, soit en première instance, soit en appel, doit être inscrit. Il en est même ainsi des arrêts rendus sur le pourvoi en cassation; l'intérêt des tiers est évident s'il y a cassation, puisque, dans ce cas, le procès recommence; s'il y a rejet, le procès est définitivement terminé; ce que les tiers ont aussi intérêt à savoir (n° 200).

327. Comment se fait la publicité? Elle se fait par voie d'inscription, tandis que pour les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, ainsi que pour les baux, la loi exige la transcription en entier. Il y a une raison de cette différence. Les tiers sont intéressés à connaître les clauses des actes de vente, de partage et de bail; et comme on ne peut déterminer *a priori* quelles sont les clauses qu'ils ont intérêt à connaître, il fallait en ordonner la copie littérale, tandis qu'en cas de demande en nullité ou en révocation, il est très-facile de déterminer ce qui intéresse les tiers, c'est le fait de la demande et des jugements qui l'accueillent ou la rejettent; quant aux motifs de la demande et des décisions, ils leur sont indifférents; il eût donc été inutile et partant frustratoire d'en ordonner la publicité (n° 221).

328. Les formalités de l'inscription sont réglées par l'article 84. La partie qui requiert l'inscription d'une demande judiciaire doit présenter deux extraits sur timbre, contenant 1° les noms, prénoms, professions et domicile des parties; 2° les droits dont l'annulation ou la révocation est demandée, et 3° le tribunal qui doit connaître de l'action.

S'il s'agit d'un jugement, le requérant doit présenter deux extraits sur timbre, délivrés par le greffier, contenant 1° les noms,

prénoms, profession et domicile des parties; 2° le dispositif de la décision, et 3° le tribunal ou la cour qui l'a rendue.

La loi exige deux extraits : le conservateur garde l'un et remet l'autre au requérant, en y certifiant que l'inscription a été faite. Il en est de même de l'inscription hypothécaire; en traitant de la publicité des hypothèques, nous dirons quel est le but de ces doubles extraits.

Le conservateur inscrit les mentions contenues dans l'extrait de la demande, en marge de la transcription de l'acte dont l'annulation ou la révocation est demandée; et il inscrit les mentions concernant les décisions à la suite de la première inscription (art. 3).

L'inobservation de ces formalités entraîne-t-elle la nullité de l'inscription? On applique à l'inscription des demandes et des décisions le principe que la loi hypothécaire établit pour les inscriptions hypothécaires (art. 84). Nous exposerons ce principe, en traitant de la publicité des hypothèques (n° 222).

N° 2. CONSÉQUENCES DU DÉFAUT D'INSCRIPTION.

Sommaire.

329. Il en résulte une fin de non-procéder qui est d'ordre public.
330. Responsabilité des greffiers.
331. Quel est l'effet du défaut de transcription à l'égard des tiers?

329. La première conséquence du défaut d'inscription est de donner au défendeur une exception contre la demande : celle-ci ne sera *reçue*, dit l'article 3, qu'après avoir été inscrite. Ce n'est pas une fin de non-recevoir, car elle n'anéantit pas la demande, c'est une simple fin de non-procéder; le demandeur qui n'a pas inscrit sa demande ne peut pas continuer la procédure, jusqu'à ce que l'inscription ait été faite. L'exception est d'ordre public, puisqu'elle est établie dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire dans un intérêt général; elle peut donc et elle doit être suppléée d'office par le juge, et elle peut être opposée en tout état de cause (n°s 225-226).

330. Quant aux jugements qui n'ont pas été inscrits, la loi (art. 3, § 3) impose d'abord une obligation aux greffiers; ils ne peuvent, sous peine de tous dommages-intérêts, délivrer aucune

expédition de jugements, avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise. Cette justification se fait par la production de l'extrait sur lequel le conservateur a déclaré que l'inscription a été faite (art. 84). L'article 3 est conçu en termes généraux; le greffier ne peut, en aucun cas, délivrer une expédition d'un jugement, sans distinguer s'il rétroagit ou non. Mais s'il ne rétroagit point, il n'y a pas lieu à dommages-intérêts. En effet, lorsque la révocation a lieu *ex nunc*, le défaut de publicité ne peut causer aucun préjudice aux tiers, puisque les droits qui leur ont été concédés sont valables, tant que la révocation n'a pas été rendue publique par l'inscription de la demande et des jugements. Dans le cas, au contraire, où le jugement rétroagit, tous les droits concédés à des tiers viennent à tomber. Les tiers sont donc intéressés à ce que la demande soit rendue publique. Si elle ne l'a pas été, ils sont lésés, et ils ont une action en dommages-intérêts contre le greffier (nos 227-228). Quant à l'inscription des jugements, elle peut toujours avoir lieu, la loi ne fixant aucun délai pour l'accomplissement de cette formalité.

331. Quel est l'effet du défaut de publicité à l'égard des tiers? Il faut distinguer si le jugement rétroagit ou non. La rétroactivité est la règle, puisque l'annulation et la résolution rétroagissent toujours; il en est de même de la révocation, sauf dans deux cas très-rares (1). Le défaut d'inscription des jugements qui rétroagissent n'a aucun effet à l'égard des tiers; il n'empêche pas que les droits qui leur ont été consentis soient annulables et révocables, comme l'est le droit de leur auteur; et dès que le droit de celui-ci tombe, les droits par lui concédés doivent tomber également. Le défaut de publicité ne peut pas donner le droit de disposer à celui qui est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; or, le propriétaire véritable prouve que les droits réclamés par les tiers leur ont été consentis par un non-propriétaire en produisant le jugement qui a anéanti le droit de l'ancien possesseur. Vainement les tiers diraient-ils que le jugement qui a anéanti les droits de leur auteur ne peut leur être opposé, parce qu'il n'est pas inscrit; le propriétaire répondra qu'il peut toujours inscrire le jugement, puisque la loi ne fixe aucun délai dans lequel

(1) Voyez, ci-dessus, n° 324

l'inscription doive avoir lieu (1). Dans cette hypothèse, le défaut d'inscription n'a d'autre effet en faveur des tiers que de leur donner une action en dommages-intérêts contre le greffier. Le défaut d'inscription leur cause un préjudice, s'ils ont traité depuis la demande et les jugements; si le greffier a délivré expédition des décisions, il sera responsable (n° 229).

Si la révocation ne rétroagit point, le défaut de publicité a une conséquence importante à l'égard des tiers, c'est que les droits qui leur ont été concédés depuis la demande non inscrite seront valables. Il en est de même des droits qui leur auraient été concédés depuis que le jugement a été rendu, si le jugement n'a pas été inscrit. C'est l'application du principe qui régit la publicité; le jugement n'ayant pas été inscrit est censé ne pas exister à l'égard des tiers; donc, à leur égard, le défendeur est toujours considéré comme propriétaire, quoique son droit ait été annulé ou révoqué (n° 230).

§ II. *De la cession de créances hypothécaires ou privilégiées.*

N° 1. DE LA PUBLICITÉ.

Sommaire.

332. Système du code civil concernant le transport des créances. La loi nouvelle y déroge pour les créances privilégiées et hypothécaires. Motif de la dérogation.
333. Le même principe s'applique à la subrogation.
334. Et à la saisie d'une rente.
335. En quoi consiste la publicité. Formalités de l'inscription.

332. La loi hypothécaire (art. 5) soumet à la publicité la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée, en ce sens qu'elle ne peut être opposée aux tiers que si elle a été inscrite. C'est une dérogation au code civil. D'après l'article 1690, le cessionnaire est *saisi* à l'égard des tiers par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation que celui-ci fait de la cession dans un acte authentique. Dans le système du code, la signification ou l'acceptation était une espèce de publicité prescrite dans l'intérêt des tiers : la loi exigeait un acte authentique pour que la cession existât à leur égard; il est vrai que cet acte n'était pas inscrit sur des registres publics, mais les tiers qui avaient intérêt

(1) Voyez, ci-dessus, n° 330.

à savoir si la créance était cédée pouvaient s'adresser au débiteur, qui leur apprenait s'il y avait une signification ou une acceptation. C'était une publicité très-insuffisante; elle n'était efficace qu'à l'égard du débiteur à qui la cession était signifiée par acte d'huissier, ou qui l'acceptait; quant aux autres tiers, ils ne pouvaient pas s'adresser à un fonctionnaire public; quant au débiteur, s'ils le consultaient, il n'était pas tenu de leur répondre, et rien ne garantissait la vérité de sa déclaration. Il en résultait qu'un second cessionnaire de la créance pouvait être trompé, en achetant une créance qui déjà avait fait l'objet d'uue cession qu'il ignorait. Les créanciers du cédant restaient également dans l'ignorance de la cession.

La loi nouvelle a pour but de garantir les intérêts des tiers en remplaçant la clandestinité par la publicité. Mais elle ne prescrit la publicité que pour les droits réels immobiliers; les transactions mobilières restent sous l'empire du code civil. Voilà pourquoi la loi hypothécaire limite l'innovation aux créances privilégiées et hypothécaires; les autres créances étant purement mobilières, la loi nouvelle n'avait pas à s'en occuper. Il est vrai que les créances restent mobilières quoiqu'elles soient garanties par un privilége ou une hypothèque; mais il y a un élément immobilier dans la cession de ces créances, puisque le transport de la créance implique le transport du privilége et de l'hypothèque, lesquels sont des droits immobiliers. A ce titre, la cession des créances devait être publique pour empêcher qu'un second cessionnaire ou les créanciers du cédant ne soient trompés par la clandestinité du transport (n° 235).

333. L'article 5 prescrit la publicité, non-seulement pour la *cession* d'une créance, mais aussi pour la *subrogation* à une créance privilégiée ou hypothécaire. Les motifs de la publicité sont les mêmes, bien qu'il y ait une différence essentielle entre la cession et la subrogation; cette différence est étrangère aux tiers : le subrogé exerce les priviléges et hypothèques attachés à la créance aussi bien que le cessionnaire, et la subrogation prête à la fraude encore plus que la cession; c'est la raison pour laquelle le code civil prescrit des actes authentiques pour la validité de la subrogation consentie par le débiteur. Par un étrange oubli, la loi n'exigeait pas que le subrogé notifiât la subrogation au débiteur;

de sorte que celui-ci changeait de créancier sans le savoir. La subrogation produisant à l'égard des tiers le même effet que la cession, il y a identité de raison pour la rendre publique (n° 236).

334. La loi du 15 août 1854 (art. 5) porte que la *saisie* d'une *rente* privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers, s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date de la saisie, avec indication des noms, prénoms, profession et domicile, du saisissant et du saisi. Si la vente volontaire d'une créance doit être rendue publique pour prévenir la fraude, il en doit être de même, et à plus forte raison, de la vente forcée, car le débiteur insolvable qui possède des créances est tenté de frauder plutôt que le débiteur solvable. Mais la publicité prescrite par la loi de 1854 ne concerne que les rentes; elle ne s'applique pas aux autres créances (n° 238).

335. La publicité se fait par voie d'inscription; logiquement la loi aurait dû exiger la transcription, puisqu'il s'agit de la cession de droits réels immobiliers. Si elle s'est contentée de l'inscription, c'est peut-être parce que les priviléges et hypothèques sont rendus publics par l'inscription (n° 239).

Les formalités de l'inscription diffèrent selon que la créance cédée a été ou non inscrite. Régulièrement les priviléges et hypothèques sont inscrits, puisqu'ils ne deviennent efficaces que par l'inscription. Dans ce cas, il est fait mention, en marge de l'inscription, de la date et de la nature du titre du cessionnaire avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties. Pour opérer cette inscription, les parties doivent présenter au conservateur l'expédition authentique de l'acte et deux extraits sur timbre, contenant les indications exigées par l'article 5. Le conservateur remet au requérant l'un des extraits, sur lequel il certifie que l'inscription a été faite (art. 84). Les formalités sont identiques quand il s'agit d'une subrogation (n°s 240 et 241).

Comment se fait la publicité quand le privilége ou l'hypothèque n'ont pas été inscrits? Le cessionnaire ou le subrogé doivent prendre, en ce cas, une inscription en leur propre nom en vertu de l'acte de cession ou de subrogation. L'article 5, assez mal rédigé, le dit implicitement; la loi se borne à exiger pour cette inscription que l'acte présenté au conservateur soit rédigé dans la forme authentique (n° 242).

Que la publicité se fasse par voie de *mention* ou par voie d'*inscription,* l'authenticité des actes est toujours requise (art. 5). Il faut donc appliquer aux cessions de créances ce que nous avons dit des actes translatifs de droits réels immobiliers (1); de là suit que la cession, pour avoir effet à l'égard des tiers, doit être reçue par acte authentique (n° 243).

N° 2. CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

Sommaire.

336. La cession non rendue publique n'existe pas à l'égard des tiers.
337. Le cessionnaire doit-il remplir en outre les formalités de l'article 1690?

336. Aux termes de l'article 5, la cession non rendue publique ne peut être opposée aux tiers. C'est la reproduction du principe établi par l'article 1er, pour les actes translatifs de droits réels immobiliers. Il faut donc appliquer à la cession ce que nous avons dit des tiers en matière de transcription (2) (n° 244).

337. Le cessionnaire doit-il en outre remplir les formalités prescrites par l'article 1690? Les rapports des commissions de la chambre des représentants et du sénat se prononcent pour l'affirmative. Telle est aussi la doctrine et la jurisprudence. Cela est douteux, quand la formalité du code civil n'a plus de raison d'être. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ce débat; nous avons exposé notre opinion dans les *Principes de droit civil,* t. XXIX, nos 245-253.

N° 3. DE L'ACTION EN DÉCLARATION DE CRÉANCE.

Sommaire.

338. Quel est le but de cette action? A qui appartient-elle?

338. La loi belge ne soumet pas à la publicité la libération du débiteur qui a acquitté une créance hypothécaire. Ce défaut de publicité peut induire en erreur les tiers qui veulent acheter une créance garantie par une hypothèque; ils doivent supposer que la créance subsiste tant que l'inscription hypothécaire n'est point radiée. Cependant il arrive que le débiteur ne demande pas

(1) Voyez, ci-dessus, nos 307-309.
(2) Voyez, ci-dessus, nos 314-320.

la radiation, pour éviter les frais. Le législateur a donc dû venir au secours des tiers, en leur donnant un moyen de constater si la créance qu'ils veulent acquérir existe encore ou si elle est éteinte. Tel est l'objet de l'action en déclaration de créance que l'article 6 de la loi accorde au concessionnaire. Pourquoi la loi exige-t-elle que la cession soit accomplie? C'est que la loi ne peut pas donner d'action à celui qui n'a point d'intérêt; or la volonté d'acheter ne donne aucun droit; et le débiteur ne doit pas être tenu de répondre au premier venu qui l'interpellerait. D'ailleurs, l'action, quoique postérieure à la cession, suffit pour garantir les intérêts du cessionnaire, s'il a soin de stipuler qu'il ne payera le prix que lorsque l'action en déclaration de créance lui aura donné la certitude que la créance existe encore (n° 254-255).

DEUXIÈME PARTIE.

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ 1. *Droits des créanciers à l'égard du débiteur.*

Sommaire.

339. Quiconque est obligé doit remplir ses engagements sur ses biens.
340. Ce principe ne s'applique qu'à celui qui est obligé *personnellement*. Différence entre le lien personnel et le lien réel.
341. Le débiteur est tenu sur tous les biens qui sont dans son domaine au moment où les créanciers agissent contre lui.
342. Le principe de l'article 27 s'applique aux incapables.

339. L'article 7 (code civ., 2092) porte : « Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens, mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. » Quel est le fondement de ce principe? Toute obligation implique la nécessité légale de donner ou de faire ce qui est l'objet de l'en-

gagement. Cela veut dire que le débiteur peut être contraint à remplir l'obligation qui lui incombe. Il n'y a que deux voies de contrainte, celle qui est exercée sur la personne et celle qui l'est sur les biens. La liberté de l'homme ne permet pas que le débiteur engage sa personne. Restent les biens que le créancier peut saisir et faire vendre. De là le vieil adage : *Qui s'oblige, oblige le sien*. La loi belge formule le principe en termes généraux; au lieu de dire, comme l'article 2092 : « Quiconque *s*'est obligé, » notre loi dit : « Quiconque *est* obligé. La formule du code Napoléon ne s'appliquait qu'aux obligations conventionnelles, tandis que celle de la loi hypothécaire comprend toute espèce d'obligations, celles qui résultent de la loi ou d'un quasi-contrat aussi bien que celles qui résultent du consentement. L'article 2092 a toujours été entendu en ce sens : la source différente des obligations n'emporte aucune différence quant à la nécessité juridique qu'elles engendrent (n° 267).

340. L'article 7 dit : « Quiconque est obligé *personnellement*. » Tel est le caractère de toute obligation, il en résulte un lien personnel à charge du débiteur et un droit de créance pour le créancier. Il y a aussi un lien *réel* qui résulte de la constitution d'un droit dans une chose: telles sont les servitudes et les hypothèques. Le lien réel a pour objet la chose dans laquelle le droit s'exerce; la personne n'est pas obligée, ni par conséquent les autres biens de celui qui est détenteur de la chose grevée du droit réel. En traitant des priviléges et hypothèques, nous verrons quelles sont les conséquences de la réalité du droit. Les deux liens peuvent coexister. Le créancier hypothécaire a un débiteur personnel en vertu de l'obligation principale, et il a un droit réel dans l'immeuble qui a été affecté spécialement à la garantie de sa créance (n° 269).

341. Le débiteur est *tenu* sur *tous* ses biens, mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. En quel sens est-il *tenu* sur ses biens? Tout créancier peut saisir les biens de son débiteur et les faire vendre, pourvu qu'il ait un titre authentique. Il n'y a pas de différence, sous ce rapport, entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires, mais le créancier chirographaire doit avoir un titre authentique, un acte notarié ou un jugement; il ne peut pas saisir en vertu d'un acte sous seing privé. Le

créancier hypothécaire a nécessairement un acte authentique quand l'hypothèque est conventionnelle ou légale. Quant à l'hypothèque testamentaire, nous y reviendrons. Les conditions et les formes de la saisie appartiennent à la procédure (nº 270).

Le débiteur est tenu sur *tous* ses biens, sans distinguer s'ils sont mobiliers ou immobiliers : tout le patrimoine du débiteur est le gage de ses créanciers. La loi ajoute : ses biens *présents* et à *venir*. Il n'y a pas à distinguer entre les biens actuels du débiteur et ses biens futurs, c'est-à-dire ceux qu'il acquiert après que l'obligation a pris naissance. La raison en est que le gage des créanciers se réalise, non au moment où l'obligation naît, mais au moment où ils agissent contre le débiteur, en saisissant ses biens, à défaut par lui de payer ses dettes ; et ils peuvent naturellement saisir tous les biens que le débiteur possède. Mais ils ne peuvent pas saisir les biens que le débiteur a aliénés, parce que le gage qu'ils ont sur ses biens ne leur donne aucun droit réel ; ils n'ont d'action sur les biens que par voie de saisie, et ils ne peuvent saisir que les biens qui sont dans le domaine du débiteur. Ce principe reçoit cependant une modification importante en vertu de la loi nouvelle : les aliénations qu'un tiers fait ne peuvent être opposées aux tiers que lorsqu'elles ont été rendues publiques par la voie de la transcription ; or, les créanciers sont des tiers, comme nous l'avons dit (1). Si donc le débiteur a aliéné un immeuble et que l'acte n'ait pas été transcrit, les créanciers pourront le saisir, puisque le débiteur en est resté propriétaire à l'égard des tiers. Quand même il y aurait eu transcription, les créanciers peuvent encore agir par voie de l'action paulienne, si l'aliénation a été faite en fraude de leurs droits. Nous renvoyons à l'article 1167 (nºs 272 et 273).

342. Le principe de l'article 27 s'applique-t-il aux incapables ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le texte est conçu dans les termes les plus généraux. *Quiconque,* dit le code civil, reproduit par la loi belge. Et l'esprit de la loi est dans le même sens. Il est de l'essence de l'obligation qu'elle s'exécute forcément, par la voie de la saisie des biens. Donc, dès qu'il y a obligation, le créancier a un droit de gage sur le patrimoine du débiteur. Il faut

(1) Voyez, ci-dessus, nº 319.

naturellement que l'obligation soit valable; si elle est nulle, l'incapable en peut demander la nullité.

L'application du principe donne lieu à une difficulté. Il y a des incapables qui peuvent s'obliger, dans de certaines limites; mais ils ne peuvent pas aliéner, du moins leurs immeubles. Telle est la femme séparée de biens. Elle peut s'obliger pour les besoins de son administration. Le créancier aura-t-il un droit de gage sur ses biens? Oui, d'après le texte et l'esprit de l'article 7. On objecte que la femme, ne pouvant aliéner directement ses immeubles, est par cela même incapable de les aliéner indirectement, en s'obligeant, puisque l'obligation conduirait à l'aliénation forcée de ses biens. Nous répondons que ce n'est pas la femme qui donne à ses créanciers le droit de gage; c'est la loi, et ce gage n'est pas une aliénation, c'est le droit de saisir les biens du débiteur qui ne paye point. Si les créanciers n'avaient point ce gage, ils refuseraient de traiter avec la femme, puisque les obligations qu'elle contracterait seraient sans garantie, et par suite, le droit qu'elle a de s'obliger deviendrait illusoire (nº 268). Ce que nous disons de la femme séparée de biens s'applique aussi aux mineurs émancipés et aux personnes placées sous conseil judiciaire.

§ II. *Droits des créanciers entre eux.*

Sommaire.

343. Droits des créanciers personnels.
344. Droits des créanciers hypothécaires.
345. Droits des créanciers privilégiés.
346. Les priviléges et les hypothèques sont les seules causes légitimes de préférence.

343. Les droits des créanciers entre eux diffèrent suivant qu'ils sont chirographaires, privilégiés ou hypothécaires. On appelle créanciers chirographaires ceux qui n'ont d'action que contre la personne, de là le nom de créanciers *personnels* qu'on leur donne aussi. Ils n'ont d'action sur les biens qu'en vertu du droit de gage que leur accorde l'article 7. L'article 8 ajoute que les biens du débiteur sont le *gage commun* de ses créanciers. C'est dire que tous y ont un droit égal; ceux dont la créance est la plus ancienne n'ont pas de préférence sur ceux qui ont contracté postérieurement avec le débiteur. La raison en est que les créanciers chirographaires n'ont pas de droit réel dans les biens de leur dé-

biteur; le droit de gage que la loi leur donne ne se réalise que lors de la saisie (1); de sorte que la date de leurs créances est indifférente; pour mieux dire, tous ont la même date en ce qui concerne l'action qu'ils exercent sur les biens de leur débiteur, c'est la date de la saisie (n° 279).

L'article 8 porte que les biens du débiteur se distribuent entre les créanciers par voie de contribution. Quand les biens du débiteur sont saisis, c'est une preuve qu'il est insolvable, et partant ses biens ne suffisent pas pour payer intégralement les créanciers; le prix est réparti, dans ce cas, entre tous les créanciers proportionnellement à leurs créances; de sorte que tous contribuent à la perte, de là le mot de *contribution* (n° 279).

344. Il n'en est pas de même des créanciers hypothécaires; ils sont payés par préférence aux créanciers personnels (art. 8 et 9; code civ. 2093, 2094). Tel est l'objet principal de l'hypothèque; les biens hypothéqués sont affectés spécialement à l'acquittement des créances, ce qui met les créanciers à l'abri de l'insolvabilité du débiteur : quand les biens sont vendus, les créanciers hypothécaires sont payés sur le prix, de préférence aux créanciers personnels. L'hypothèque leur donne encore un autre avantage, c'est le droit de suite; si le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué, les créanciers peuvent exercer leur droit contre le tiers détenteur, car leur droit est réel, il affecte la chose, et la suit, par conséquent, entre les mains de tout possesseur (n° 281).

Les droits des créanciers hypothécaires sont encore garantis, dans le cas où le débiteur consentirait une nouvelle hypothèque sur l'immeuble qui a été affecté à leur créance : le créancier le plus ancien prime celui dont l'hypothèque est postérieure. Mais pour que le créancier hypothécaire puisse exercer son droit de préférence soit à l'égard des créanciers personnels, soit à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs, il faut que l'hypothèque ait été rendue publique par la voie de l'inscription; c'est l'inscription qui donne date et rang au créancier, et qui assure son droit contre les tiers détenteurs (n° 280).

345. Le privilége est aussi un droit de préférence. Quand le privilége porte sur un immeuble, le créancier a tous les droits

(1) Voyez, ci-dessus, n° 342.

des créanciers hypothécaires, et de plus, il est préféré à ceux-ci, de sorte qu'il a un double rang de préférence; ses droits sont aussi subordonnés à la publicité quand les priviléges sont immobiliers. Quant aux créanciers privilégiés sur les meubles, ils n'ont, en général, de droit de préférence qu'à l'égard des créanciers personnels; leur droit n'est pas soumis à la publicité, et ils ne jouissent pas du droit de suite.

Entre créanciers privilégiés, la préférence se détermine par la qualité de la créance; elle est indépendante de la date à laquelle la créance a pris naissance ou a été inscrite. Nous ne faisons qu'indiquer les principes; nous allons les développer en traitant des priviléges et des hypothèques (n° 282).

346. Les priviléges et les hypothèques sont les deux seules causes légitimes de préférence. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 8 établit comme règle générale que les droits de tous les créanciers sont égaux, d'où la conséquence que le prix des biens qui leur servent de gage se distribue entre eux par contribution. Cette règle reçoit une exception : « *à moins*, dit la loi, qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Quelles sont ces causes? L'article 9 répond : les priviléges et hypothèques. Ces causes, étant une exception, sont par cela même de stricte interprétation. Il n'y a donc d'autres causes de préférence que les priviléges et hypothèques. Tel est aussi l'esprit de la loi. Les droits des créanciers sur les biens de leur débiteur sont d'intérêt général; le crédit des particuliers et, par conséquent, la richesse publique en dépendent. Voilà pourquoi la loi prend soin de déterminer les causes de préférence; il n'y aurait plus de sécurité pour les tiers si le juge en pouvait admettre d'autres, et, par suite, le but que la loi a eu en organisant la publicité du régime hypothécaire serait manqué. Tout, en cette matière, est donc de rigoureuse interprétation (n° 283).

On a prétendu que le droit de rétention dont jouissent certains créanciers est une espèce de privilége, en ce sens que le créancier peut s'en prévaloir contre les tiers. Les articles 8 et 9 de la loi hypothécaire suffisent pour condamner cette doctrine. Comme tout, en cette matière, est controversé, nous sommes obligé de la renvoyer à notre traité des *Principes de droit civil*, t. XXIX, 284-302.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÉGES.

SECTION I. — Notions générales.

Sommaire.

347. « Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires » (art. 12; code civ. 2095). Ainsi, le privilége est une cause de préférence à l'égard des créanciers non privilégiés. Cela suppose qu'il y a concours des créanciers sur les biens d'un débiteur insolvable. La loi donne le premier rang aux créanciers privilégiés, à raison de la *qualité* de leurs *créances*. Ce n'est pas au *créancier*, à raison de sa personne, que cette faveur est accordée, c'est à la *créance*. Voilà pourquoi la loi ne dit pas : les *créanciers* privilégiés; elle dit les *créances* privilégiées (art. 19 et 20) (nº 303).

Il y a, sous ce rapport, une différence entre le privilége et l'hypothèque. L'hypothèque est conventionnelle, testamentaire ou légale. Le privilége ne dépend jamais de la volonté des parties contractantes, sauf le privilége du créancier gagiste, qui résulte de la convention de gage. Quant à l'hypothèque légale, elle est accordée à certains créanciers, à raison de l'impossibilité où ils se trouvent de veiller eux-mêmes à leurs intérêts, ce sont les incapables et les personnes civiles publiques. C'est aussi la loi qui détermine la *qualité* à raison de laquelle une créance est privilégiée; le législateur seul a ce droit. De là la conséquence que

les priviléges sont de la plus stricte interprétation (n°s 304 et 306).

Il y a encore une différence entre l'*hypothèque* et le *privilége* quant à l'étendue de la préférence. Le créancier hypothécaire n'est préféré qu'aux créanciers personnels, tandis que le privilége donne à la créance un double rang de préférence, et sur les créanciers personnels et sur les créanciers hypothécaires. Cela est très-logique, puisque l'hypothèque ne diffère point de la créance chirographaire quant à sa qualité ; tandis que le privilége suppose que la qualité de la créance mérite une préférence à l'égard des créances non privilégiés, donc même à l'égard des créances hypothécaires (n° 308). Toutefois, le créancier privilégié ne prime pas toujours les créanciers hypothécaires, comme l'article 12 semble le dire. Nous reviendrons sur ce point, un des plus difficiles du régime hypothécaire.

348. Le principe que le privilége dépend de la qualité de la créance détermine aussi le rang des créanciers privilégiés entre eux. Aux termes de l'article 13 (code civ., 2096), la préférence entre créanciers privilégiés se règle par les différentes qualités des priviléges. La qualité à raison de laquelle la loi privilégie une créance varie d'une créance à l'autre, l'une est donc nécessairement plus ou moins favorable que l'autre : la justice exige que le privilége dont la qualité est plus favorable l'emporte sur le privilége dont la qualité est moins favorable.

C'est le législateur qui, en principe, doit régler le rang des priviléges, comme c'est lui qui détermine qu'une créance mérite d'être privilégiée. Le code Napoléon présentait, sous ce rapport, des lacunes que la loi nouvelle a comblées. Mais il reste des cas non prévus que le juge doit régler, comme il décide toute espèce de contestation (n° 309).

Si plusieurs créances privilégiées sont dans le même rang, elles sont payées par concurrence (art. 14; code civ. 2097). Tel est le privilége des fournitures de subsistances (art. 19, n° 5). Il y a nécessairement plusieurs fournisseurs, donc plusieurs créances privilégiées ayant la même cause et la même qualité : elles seront payées par contribution. La date des créances privilégiées n'est jamais prise en considération quand il s'agit du rang des créances privilégiées, parce que la date est étrangère à la

qualité des créances, or c'est la cause du privilége qui est l'élément dominant en cette matière (nos 310-311).

349. « Les priviléges peuvent être sur les meubles et les immeubles » (art. 16; code civ. 2099). On entend ici par meubles tous les objets qui ne sont pas immeubles, ainsi tout ce qui est meuble d'après les articles 527 et suivants. Les priviléges immobiliers frappent les biens qui sont immeubles par leur nature, ainsi que les objets mobiliers qui sont immobiliers par incorporation ou par destination. Tout immeuble ne peut pas être grevé d'un privilége; il faut appliquer aux priviléges la disposition restrictive que l'article 45 contient quant aux hypothèques; en effet, les priviléges immobiliers sont des hypothèques privilégiées. Nous reviendrons plus loin sur l'article 45 (n° 312).

Il y a des différences importantes entre les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers. Les priviléges sur les immeubles doivent être rendus publics par la voie de l'inscription ou de la transcription; à défaut de publicité, ils sont inefficaces, de même que les hypothèques. Les priviléges mobiliers ne doivent pas être inscrits; par cela seul qu'ils existent, ils produisent leur effet.

Les priviléges immobiliers donnent au créancier le droit de suite, comme les hypothèques. C'est en ce sens que l'on dit que les priviléges sont des hypothèques privilégiées; les priviléges mobiliers n'ont pas de suite (n° 313).

Nous reviendrons sur ces principes et sur les exceptions que la loi y apporte.

350. Tous les priviléges sont des droits réels, parce que ce sont des droits dans la chose et non contre la personne. Mais les priviléges mobiliers n'ont pas le droit de suite dont est muni, en général, le droit réel; la raison en est qu'en droit français les meubles n'ont pas de suite, pas plus pour le créancier privilégié que pour le propriétaire et l'usufruitier (n° 314).

Quant aux priviléges immobiliers, ils ont tous les effets des droits réels. Ils peuvent perdre leur qualité de privilége, comme nous le dirons plus loin, et conserver néanmoins les effets attachés à l'hypothèque. C'est une conséquence du principe que le privilége est une hypothèque privilégiée; la qualité de privilégiée peut disparaître, l'hypothèque subsistera (n° 315).

351. Les priviléges sont de droit strict et de stricte interprétation. La raison en est que les priviléges sont des exceptions au droit commun, d'après lequel les créanciers ont tous un droit égal sur les biens de leur débiteur. C'est la règle pour toute cause de préférence (art. 42; code civ. 2115). Il n'y a point de privilége sans loi, et les priviléges que la loi établit ne peuvent être étendus par voie d'analogie, l'intérêt des tiers l'exige; il faut qu'ils sachent, en contractant, quels sont leurs droits sur les biens de leur débiteur, et ils ne le sauraient pas si les priviléges pouvaient être étendus par le juge à des cas non prévus par la loi (n° 317).

352. Les priviléges sont ou spéciaux ou généraux. Tous les priviléges immobiliers sont spéciaux, parce que la cause en est spéciale. Il y a des priviléges mobiliers qui sont généraux; ce n'est pas parce que la cause en est plus favorable, c'est parce qu'il n'y avait aucune raison de limiter ces priviléges à certains meubles; tandis que d'autres priviléges mobiliers ont une cause spéciale qui les rend spéciaux. Il y a aussi un privilége qui porte sur les meubles et les immeubles, c'est celui des frais de justice; nous dirons plus loin en quel sens et pourquoi (art. 17 et 18) (n°s 318 et 319).

353. Le code Napoléon ne prévoit pas tous les priviléges; il y en a qui sont établis au profit du trésor par des lois spéciales (art. 15; code civ. 2098). Les auteurs du code ne les ont pas mentionnés, parce que les lois administratives sont sujettes à varier, tandis que les principes établis par les lois civiles ont un caractère de perpétuité (n° 320). Nous renvoyons à nos *Principes de droit civil,* t. XXX, n°s 146-160.

SECTION II. — Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles.

Sommaire.

354. Qu'entend-on par frais de justice? Pourquoi sont-ils privilégiés?
355. Le privilége des frais de justice a un caractère relatif.

354. L'article 17 porte : « Les frais de justice sont privilégiés sur les meubles et les immeubles à l'égard de tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits. » Ainsi, la préférence

accordée aux frais de justice n'est pas absolue; elle suppose que des frais ont été faits en justice dans l'intérêt de tous les créanciers ou au moins de plusieurs; les frais de justice l'emportent sur toutes ces créances, qu'elles soient chirographaires, hypothécaires ou privilégiées; la raison en est précisément parce que les frais ont été faits dans un intérêt commun.

Nous disons que ces frais sont faits en justice; il n'en faut pas conclure qu'il s'agit de frais faits dans le cours d'un procès. Quand le débiteur est insolvable, les créanciers saisissent ses biens et les vendent, dans les formes prescrites par le code de procédure; les formes sont donc judiciaires, dans le sens large du mot, sans qu'il y ait un procès proprement dit. Quels sont ces frais? Il s'agit de liquider l'avoir du débiteur; il faut donc, avant tout, veiller à la conservation des biens, et, s'il y a lieu, à leur administration : tels sont les frais de scellé, d'inventaire et de gestion d'une faillite. Puis, les créanciers procèdent à la vente, et à la distribution des deniers qui en proviennent. Tous ces frais sont des frais de justice et privilégiés comme tels. C'est le plus naturel et le plus légitime des priviléges. Ces frais sont nécessaires pour que les créanciers puissent exercer leurs droits; il est juste qu'ils les supportent, c'est-à-dire que les créanciers de ces frais soient payés avant eux (n°s 322 et 323).

Il ne faut pas confondre les *dépens* avec les frais de justice. Les dépens sont les frais qu'un créancier fait en justice pour soutenir un procès qui le concerne. Ces frais ne se font pas dans un intérêt commun, il n'y a donc aucune raison de les privilégier (n° 324).

355. A l'égard de qui les frais de justice sont-ils privilégiés? Les frais de justice diffèrent, sous ce rapport, des autres priviléges. Ceux-ci donnent au créancier une préférence absolue à l'égard de tous ceux qui concourent sur les biens du débiteur; tandis que les frais de justice ne donnent au créancier qu'une préférence relative à l'égard de ceux dans l'intérêt desquels ils ont été faits; ce sont les termes de l'article 17. Ce caractère relatif de la préférence accordée aux frais de justice résulte de la nature même de ce privilége et du motif sur lequel il est fondé. Le privilege des frais de justice n'est autre chose que l'obligation qui incombe aux créanciers de supporter les frais qu'ils font ou que

l'on fait dans leur intérêt. Or, tous les frais ne se font pas nécessairement dans l'intérêt de tous les créanciers, et s'il est juste que ceux qui font les frais les payent, il serait de toute injustice de les mettre à charge des créanciers qui n'y sont pas intéressés.

Le privilége des frais de justice a encore un caractère relatif en ce qui concerne les biens sur lesquels il s'exerce. D'après les termes de l'article 17, on pourrait croire qu'il s'exerce toujours sur tous les biens, meubles et immeubles du débiteur; mais il faut entendre cette disposition dans le sens de l'article 19, c'est-à-dire que le privilége porte sur tous les biens quand tous les créanciers sont intéressés aux frais; s'il y a un créancier qui a un privilége sur des biens pour lesquels les frais n'ont pas été faits, les frais de justice ne pourront pas être prélevés sur ces biens, car ce serait les prélever sur un créancier à l'égard duquel ils ne sont pas privilégiés.

Voici une application du principe. Parmi les créanciers privilégiés se trouve un bailleur; il y a des frais de conservation, de vente et de distribution; tous ces frais seront-ils privilégiés à son égard? Les frais de conservation et de vente, oui, puisqu'il y est intéressé; les frais de distribution, non, car le code de procédure (art. 661) lui permet de faire statuer sur son privilége par simple voie de référé, et avant toute procédure de distribution; les frais de distribution lui sont donc étrangers, et, par suite, ils ne peuvent être privilégiés à son égard (n° 328. Comparez n° 348).

SECTION III. — Des priviléges généraux sur les meubles.

Sommaire.

356. L'article 19 énumère les priviléges généraux, et en même temps il détermine leur rang : « Les créances privilégiées

sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et s'exercent dans *l'ordre suivant.* » Il faut encore tenir compte de la règle générale de l'article 14 : « Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. »

357. 1° « Les *frais de justice* faits dans l'intérêt commun des créanciers. » Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

358. 2° « Les *frais funéraires.* » Quel est le motif de ce privilége? Il importe que les cadavres ne restent pas sans sépulture : c'est un intérêt général de salubrité publique. Il y a aussi une raison d'humanité et de piété; par respect pour la personnalité humaine, le législateur ne peut permettre que les cadavres soient abandonnés (n° 357).

Que faut-il entendre par *frais funéraires?* Les motifs que nous venons de donner impliquent que le privilége n'est accordé que pour les dépenses de sépulture. Ainsi, le deuil de la veuve et des domestiques n'est pas privilégié (n° 358).

Quelle est l'étendue du privilége? L'article 19, 2°, le limite aux frais qui sont en rapport avec la *condition* et la *fortune* du défunt. A notre avis, le législateur n'aurait pas dû tenir compte de la *fortune* du défunt, puisque l'on suppose que le débiteur est mort insolvable; il n'avait donc qu'une fortune apparente, trompeuse. Qu'importe, dans ce cas, sa *condition?* Ce sont donc les créanciers qui, en réalité, payent les frais funéraires, et ils ne devraient supporter que les frais strictement *nécessaires* (n° 360).

359. 3° « Les frais de dernière maladie. » On entend par là les honoraires des médecins, les médicaments fournis par le pharmacien, le salaire des gardes-malade, et autres frais que la maladie peut nécessiter (n° 362). Ces frais sont privilégiés pour un motif d'humanité. Une personne insolvable est malade; elle a besoin des secours de l'art, et des soins particuliers qu'exige son état. Si ceux qui les lui procurent risquaient de n'être pas payés, il y aurait à craindre un refus de leur part, ou au moins de la négligence. En leur donnant un privilége, le législateur assure aux malades les soins nécessaires, autant que cela dépend de lui (n° 361).

Quelle est la *dernière* maladie dont les frais sont privilégiés?

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 354, 355.

C'est la maladie qui précède la mort, la déconfiture ou la faillite (art. 19, paragraphe pénultième). On doit toujours supposer l'insolvabilité du débiteur, pour qu'il y ait lieu à privilége; si le débiteur est solvable, les créanciers sont payés intégralement, et les priviléges n'ont plus de raison d'être. Peu importe donc que le débiteur meure ou survive (n° 361).

La loi limite le privilége des frais de dernière maladie à un an. Il est d'usage que les honoraires des médecins se payent à la fin de chaque année; c'est la raison pour laquelle la loi établit une prescription d'un an (art. 2272). Si la maladie dure pendant plusieurs années, il n'y aura de privilégiés que les frais de la dernière année; le créancier a eu tort de ne pas réclamer les autres au fur et à mesure de leur échéance. C'est le motif que l'on donne, mais il ne justifie pas la loi; en effet, on suppose que le débiteur est insolvable, le médecin et l'apothicaire ont donc été dans l'impossibilité de se faire payer (n° 360).

360. 4° « Les salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui leur est dû sur l'année courante. » Ces créances sont la seule ressource de ceux qui y ont droit, et elles sont généralement modiques; car la loi ne privilégie pas tout ce qui est dû aux gens de service, elle limite le privilége à l'année échue et à ce qui est dû sur l'année courante; on entend par là l'année où le débiteur meurt ou tombe en déconfiture ou en faillite. Il est d'usage que les domestiques soient payés au plus tard à la fin de l'année; si le domestique ne réclame pas son salaire, la loi, dans l'intérêt des autres créanciers, n'en peut tenir compte (n°s 364 et 367).

La loi belge accorde le même privilége aux commis et aux ouvriers; le motif d'humanité est identique. Elle limite le privilége des commis à six mois et celui des ouvriers à un mois; les commis et ouvriers ont besoin de leur salaire pour vivre, cette nécessité existe surtout pour les ouvriers. Elle n'est pas aussi grande pour les domestiques, puisqu'ils sont nourris aux frais du maître (n° 368).

361. 5° « Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. » Il y a un motif d'humanité qui justifie ce privilége; de plus, les fournitures entretiennent la vie du débiteur; par cela même, cette créance enrichit les autres créanciers, puisque le débiteur par son travail pourra augmenter son patri-

moine, qui leur sert de gage (n° 370). Cependant la loi limite le privilége aux subsistances proprement dites, c'est-à-dire à la nourriture; on ne peut pas y comprendre les habillements, le logement, le chauffage, l'éclairage, ni même les fournitures de vin et de liqueurs; le débiteur ne doit pas boire de vin aux dépens de ses créanciers, et bien moins encore des liqueurs; ce sont des fournitures dont la qualité est défavorable au plus haut degré, puisqu'elles favorisent l'intempérance (n° 371).

Restrictive sous un rapport, la loi étend sa faveur, sous un autre rapport, en privilégiant les fournitures faites à la *famille* du débiteur. Par là il faut entendre les parents ou alliés, auxquels le débiteur doit des aliments. La loi a dû prendre en considération une obligation légale, qui tend à assurer l'existence de ceux qui ne peuvent pas pourvoir eux-mêmes à leur subsistance. Il faut y ajouter les domestiques, s'ils sont nécessaires à la famille. La loi ne privilégie que les dépenses *nécessaires* (n° 372).

Le privilége est limité aux six mois qui précèdent la mort, la déconfiture ou la faillite; la loi veut concilier les divers intérêts qui sont en conflit.

362. La loi limite à un an ou à six mois la durée des trois derniers priviléges mentionnés par l'article 19. On a dit que la raison de cette limite est la durée de la prescription. Cela n'est pas exact; l'action des commis n'est pas soumise à une courte prescription, et celle des ouvriers se prescrit par six mois (art. 2271), et néanmoins le privilége des commis est limité à six mois et celui des ouvriers à un an; la durée du privilége n'a donc rien de commun avec la prescription. La loi limite la durée des priviléges par d'autres considérations : probabilité de payement et nécessité de concilier les intérêts des créanciers privilégiés avec les droits des autres créanciers privilégiés (n°s 368 et 377).

Autre est la question de savoir si les créanciers privilégiés peuvent invoquer le privilége quand leur créance est prescrite. La négative est certaine quand il s'agit de la prescription de trente ans; il est vrai que le débiteur y peut renoncer, mais cela n'empêche pas les créanciers de s'en prévaloir (art. 2225). Quant aux courtes prescriptions de six mois ou d'un an, elles n'éteignent pas la dette d'une manière absolue, en ce sens que le créancier peut déférer au débiteur le serment sur le point de savoir si la

dette a été payée. Ainsi le domestique à qui le maître oppose la prescription peut lui déférer le serment, et si le maître refuse de le prêter, le domestique conservera toute sa créance; mais elle ne sera privilégiée que dans les limites de la loi (n° 377).

363. Sous l'empire du code civil, les priviléges généraux sur les meubles s'étendaient sur les immeubles, en cas d'insuffisance du mobilier (art. 2104 et 2105). La loi belge n'a maintenu cette préférence que pour les frais de justice; les autres priviléges généraux sur les meubles ne priment plus les créances hypothécaires. Le droit de préférence que le code Napoléon leur accordait compromettait les intérêts des tiers qui contractaient sur la foi d'une garantie réelle, car ils se voyaient primés par un grand nombre de créanciers privilégiés qui absorbaient une partie du prix provenant de la vente des immeubles. Toutefois l'article 19 réserve à ces créanciers un droit éventuel sur ce prix. On suppose que les créances privilégiées et hypothécaires sont payées, il reste un reliquat : à qui est-il attribué? Aux créanciers qui ont un privilége général sur les meubles; ils sont préférés aux créanciers chirographaires, à raison de la qualité de leurs créances. Ainsi les créanciers privilégiés conservent une partie de la préférence que le code civil leur accordait; ils ne l'ont plus à l'égard des créanciers hypothécaires, ils l'ont encore à l'égard des créanciers chirographaires (n° 378).

SECTION IV. — Des priviléges sur certains meubles.

§ I. *Privilége du bailleur.*

Sommaire.

364. L'article 20, n° 1, dit quelle est la créance privilégiée; ce sont les loyers et fermages, les réparations locatives et tout

ce qui concerne l'exécution du bail, donc les créances qui naissent du bail; et c'est à celui qui a droit à ces créances qu'appartient le privilége, ainsi au bailleur; de là l'expression, privilége du bailleur, par laquelle on désigne le privilége. Quelle est la qualité de la créance qui donne au bailleur le droit d'être préféré aux autres créanciers?

Le privilége est fondé sur deux principes. Il porte d'abord sur les fruits de la récolte de l'année. C'est la garantie principale du bailleur dans les baux à ferme. Les fruits sont un produit du sol, et le sol appartient au bailleur; c'est donc la chose du créancier qui a produit les fruits dont le patrimoine du débiteur profite; il est juste que, sur ces fruits, le bailleur soit préféré aux autres créanciers, puisque sans le bail les fruits ne seraient pas devenus leur gage. Quant au mobilier qui garnit la maison louée ou la ferme, il sert de garantie au bailleur, en vertu du gage tacite qui résulte de la nature de la convention. D'ordinaire, le bailleur ne connaît pas le preneur, et celui-ci le plus souvent ne pourrait fournir une caution, bien moins encore des sûretés réelles; il faut donc une autre garantie au propriétaire, sinon il ne traitera point, ou il traitera à des conditions désavantageuses pour le preneur, afin de se dédommager des risques qu'il court. Il y a une sûreté que la nature des choses indique, c'est celle qu'offre le mobilier du locataire ou du fermier; le gage tacite consiste donc en ceci, que le preneur donne ses meubles en gage au bailleur pour l'exécution des obligations qu'il contracte. Le privilége, utile aux deux parties contractantes, est aussi juste en ce qui concerne les créanciers, car leur débiteur a besoin d'une habitation pour exercer le commerce, l'industrie, la profession qui le mettent en état de payer les dettes qu'il contracte. Sans ce gage, les conditions du bail seraient onéreuses pour le débiteur et, par suite, préjudiciables pour ses créanciers (n° 379).

365. Tout bail ne donne pas un privilége au bailleur; la loi ne privilégie que les loyers et fermages des *immeubles*. Ainsi les baux de meubles ne jouissent pas de cette garantie; ils sont moins importants que les baux d'immeubles, et il importe de ne pas trop multiplier les causes de préférence entre créanciers (n° 380).

La loi ne définit pas les immeubles dont le bail engendre le

privilége ; il s'ensuit que tout bail d'immeubles donne un privilége au bailleur, pourvu qu'il se trouve sur les lieux loués des objets sur lesquels le privilége puisse s'exercer. Tels sont les baux de maisons d'habitation ou de fermes, que la loi mentionne parce que ce sont les plus usuels; tels seraient encore les baux de magasins ou d'écuries (n° 381).

La loi se sert du mot *propriétaire* pour désigner le créancier privilégié, parce que d'ordinaire le bailleur est propriétaire. Mais la chose louée peut ne pas appartenir au bailleur; l'usufruitier peut donner à bail, le preneur lui-même peut sous-louer et devenir bailleur, et le privilége n'est pas accordé à la personne, il est attaché à la créance; or la créance des loyers et fermages mérite la même faveur, quel qu'en soit le créancier. L'article 819 du code de procédure est conçu en ce sens (n° 382).

366. Sont privilégiées les créances qui concernent l'exécution du bail. La principale de ces créances est celle des loyers et fermages. Tous les loyers et fermages ne sont pas nécessairement privilégiés : la loi distingue ceux qui sont échus et ceux qui ne le sont pas.

Les loyers échus sont privilégiés pour deux ans, s'il s'agit d'une maison, et pour trois années, s'il s'agit d'une ferme. Pourquoi les autres loyers et fermages échus ne sont-ils pas privilégiés? Le législateur doit, en matière de priviléges, concilier les intérêts des créanciers privilégiés avec les intérêts de la masse chirographaire. Par application de ce principe, la loi ne donne de préférence au bailleur qu'en tant qu'aucune négligence ne peut lui être reprochée; or, il est coupable de négligence quand il n'agit pas à temps contre le preneur, en payement de ce qui lui est dû, et en résolution, s'il y a lieu; et dès qu'il est en faute, la justice s'oppose à ce que les autres créanciers en souffrent. Reste à fixer la limite à laquelle le bailleur est légalement coupable de négligence; un locataire peut être en retard de payer ses loyers par suite d'une crise quelconque; ce n'est pas une raison pour que le bailleur saisisse immédiatement ses meubles; il agirait contre son intérêt et contre l'intérêt des autres créanciers; l'intérêt de tous exige que le bailleur fasse crédit au locataire, en attendant que ses affaires se rétablissent; en conséquence, la loi lui permet d'attendre *deux* ans sans qu'il perde son privilége; s'il

reste plus longtemps sans agir, sa négligence nuit aux autres créanciers, et par suite, il perd son privilége. Quand il s'agit d'un bail à ferme, la loi se montre plus indulgente, elle privilégie les *trois* dernières années ; la raison en est que le fermier peut avoir fait des pertes pendant plusieurs années de suite ; l'humanité exige que le propriétaire patiente, et l'intérêt de tous est d'accord avec le devoir de l'humanité ; expulser le fermier malheureux, ce serait achever sa ruine, et ce serait encore un mauvais moyen pour le propriétaire de trouver un nouveau fermier (n° 385).

Quant aux loyers non échus, il y a une nouvelle distinction à faire. Les loyers et fermages sont privilégiés pour l'année courante ainsi que pour celle qui suivra. Pour les loyers non échus, il ne peut plus s'agir de négligence du bailleur, mais on peut craindre une collusion frauduleuse entre le bailleur et le preneur, afin de donner au bail une durée plus longue que celle qu'il a réellement. La loi ne doit privilégier que les créances certaines. L'année courante est certaine, en ce sens que la possession est certaine, mais il est incertain quand elle a commencé : c'est au bailleur, qui est demandeur, de prouver l'existence de la créance. Quant à l'année qui suit l'année courante, la créance est probable puisque les baux se font régulièrement pour neuf ans. Restent les années suivantes ; la loi les comprend sous l'expression : *tout ce qui est à échoir ;* elle accorde au bailleur un privilége de ce chef, à condition que les baux soient authentiques, ou que, s'ils sont sous signature privée, ils aient une date certaine. Le danger de la fraude justifie cette condition. Si le bail est authentique ou s'il a date certaine, le bailleur pourra réclamer tous les loyers et fermages à échoir, quelle que soit la durée du bail. On suppose que le preneur est en déconfiture ou en faillite, car ce n'est que dans cette hypothèse qu'il y a lieu à privilége. Si le bail n'a point de date certaine, le bailleur n'a pas de privilége pour les années à échoir ; la durée du bail étant incertaine, la loi n'a pas pu privilégier des loyers qui peuvent ne pas être dus. Quand le bail acquiert-il date certaine ? On applique le droit commun de l'article 1328 ; puisque la loi n'y déroge point (n° 386).

Dans le cas où le bailleur réclame les loyers à échoir, la loi donne aux autres créanciers le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des loyers ou

fermages, à la charge de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. Cette disposition donne lieu à de grandes difficultés. La loi suppose que le bail subsiste, malgré la déconfiture ou la faillite; en effet, le bail n'est rompu que lorsque le preneur manque à ses engagements; il y a lieu, dans ce cas, à la condition résolutoire tacite. Si le bail subsiste, le preneur devrait avoir le droit d'occuper les lieux loués. Pourquoi donc la loi donne-t-elle aux créanciers le droit de relouer la chose? C'est qu'en réalité le bailleur est payé aux dépens des créanciers, c'est-à-dire sur le prix provenant de la vente du mobilier qui est leur gage, et si ce prix est insuffisant, les loyers sont payés directement par les créanciers. Il est donc juste que les créanciers profitent du bail, puisque ce sont eux qui l'exécutent, et le seul profit qu'ils en puissent retirer, c'est de relouer la maison ou la ferme. Le système de la loi est sujet à critique. D'après les vrais principes, le bail devrait continuer, et le bailleur ne devrait être payé par privilége que pour ce qui lui est dû, c'est-à-dire pour les loyers échus, sauf à demander la résolution du bail, si le preneur manque à ses engagements (n°s 389, 399).

367. Sur quoi porte le privilége? D'abord sur tout ce qui *garnit* la maison louée ou la ferme. On doit y comprendre ce que l'article 20 ajoute : tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme. Les ustensiles aratoires et les animaux destinés à la culture, ou à l'élève, garnissent la ferme, comme les meubles garnissent la maison. Sur ce point il n'y a aucun doute, mais il est tres-difficile de préciser ce qu'il faut entendre par *meubles qui garnissent*. Il y a une catégorie d'objets mobiliers pour lesquels il n'y a aucun doute, ce sont les meubles meublants destinés à l'usage des personnes qui habitent la maison ou à l'ornement des appartements; le bailleur a dû compter sur ces meubles, et le preneur a eu l'intention de les donner comme gage. Il faut y ajouter le linge; on ne peut pas habiter une maison sans linge de table et sans literies; le bailleur doit donc supposer que le preneur possède le linge qui lui est nécessaire d'après sa condition sociale, et le nombre de personnes qui composent sa famille; aussi dans le langage vulgaire, le linge est-il compris dans les meubles que fournit le locateur d'une maison garnie. Il faut en dire autant de la vaisselle. On s'accorde encore à exclure, de ce qui *garnit*, l'ar-

gent, les titres de créance, les valeurs commerciales ou industrielles; ces objets garnissent le coffre-fort ou le portefeuille, mais non les appartements. Il y a controverse sur les bijoux et les pierreries. A notre avis, ces objets ornent la personne, ils ne garnissent pas la maison. On ne peut pas invoquer le principe du gage tacite, car le bailleur ne peut compter que sur ce que son locataire met dans la maison pour la garnir; et quel rapport y a-t-il entre une maison et des diamants (nos 411-413)?

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux maisons qui servent exclusivement à l'habitation. Quand le locataire exerce une profession ou une industrie qui exige des outils, des machines ou appareils, il faut comprendre, parmi les objets qui garnissent, tout ce qui est nécessaire à l'exercice du commerce ou de l'industrie du locataire, ainsi que les objets manufacturés qui se trouvent dans les ateliers. Il en est de même des marchandises qui se trouvent dans une boutique ou dans un magasin, et qui sont destinées à être vendues. Ainsi la notion de ce qui garnit un immeuble loué varie d'après la destination de la chose; celui qui donne une fabrique à bail compte certainement sur les machines et sur les produits fabriqués que le preneur mettra dans les ateliers ou dans les magasins (n° 416).

368. Le privilége porte, en second lieu, sur les *fruits de la récolte de l'année*. De là il ne faut pas conclure que les fruits des années antérieures ne sont pas grevés du privilége; ces fruits sont compris dans les termes généraux : *tout ce qui garnit la ferme;* car les fruits garnissent la ferme, comme les meubles garnissent la maison. La loi ne parle pas des fruits récoltés, parce qu'il était inutile de les mentionner; tandis qu'il aurait pu y avoir des doutes sur les fruits pendants, qui sont immeubles tant qu'ils ne sont pas séparés du sol; les créanciers hypothécaires auraient pu prétendre que ces fruits font partie de l'immeuble affecté à leur créance. La loi a évité le conflit, en attribuant les fruits au créancier privilégié, par la raison que c'est sa chose qui les produit; d'ailleurs dans le concours entre le privilége et l'hypothèque, la loi donne la préférence au privilége (art. 12) (n° 428).

369. La loi assure le privilége du bailleur en lui donnant le droit de *saisie* ou de *revendication*. Aux termes de l'article 20, « le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou

sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement ». Ainsi le bailleur pourrait saisir les fruits que le fermier déplacerait en les engrangeant ailleurs que dans les lieux à ce destinés. C'est un moyen pour le bailleur de conserver son privilége, car il perd son privilége dès que les meubles ne garnissent plus la ferme, et ils cessent de garnir du moment que le fermier les déplace (n° 435).

Quand le déplacement se fait sans qu'il y ait eu aliénation, le bailleur peut saisir les objets déplacés, et les faire réintégrer dans les lieux loués, afin de conserver son privilége. Il a aussi le droit de suite proprement dit, c'est-à-dire le droit de suivre les meubles aliénés entre les mains d'un tiers acquéreur. C'est une exception au droit commun, d'après lequel les meubles n'ont pas de suite ; le bailleur est le seul créancier privilégié sur les meubles qui ait ce droit. Pourquoi la loi donne-t-elle au bailleur un droit qu'elle refuse au vendeur? Il est difficile de le dire, nous ne voyons d'autre raison que la faveur singulière que la loi a toujours accordée à la créance du bailleur, mais nous cherchons vainement le motif de cette faveur exceptionnelle. La loi qualifie de *revendication* le droit du bailleur. Il est certain que ce n'est pas une revendication proprement dite ; mais comme le bailleur a un droit réel, c'est-à-dire un démembrement de la propriété, la loi assimile son action à celle du propriétaire (n°s 438, 439).

La loi ne permet la revendication que dans un très-court délai ; quand il s'agit du mobilier qui garnit une ferme, le bailleur doit la faire dans les quarante jours, et dans les quinze jours, s'il s'agit de meubles garnissant une maison. Ce bref délai est prescrit dans l'intérêt des tiers acquéreurs, en cas de vente, et des tiers créanciers privilégiés, en cas de déplacement (n° 444).

Il n'y a pas lieu au droit de revendication quand le bailleur a consenti au déplacement ou à l'aliénation ; il renonce, dans ce cas, à son privilége. Le consentement peut être tacite, et il l'est souvent, à raison de la nature des choses grevées du privilége. S'il s'agit de marchandises, de produits manufacturés, le locataire doit les vendre, puisque ces choses sont destinées à être vendues, et le bailleur y consent, car c'est pour le preneur le seul moyen de payer son loyer. Il en est de même des fruits ; le fermier doit les vendre, c'est pour récolter les fruits et les vendre

qu'il a pris les biens à ferme; par cela même le bailleur consent à l'aliénation (n° 445).

§ II. *Des frais de récolte et d'exploitation.*

Sommaire.

370. L'article 20, 2°, privilégie « les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sur le prix de cette récolte ». Celui qui fournit les semences procure la récolte, de même que le créancier des frais de récolte, puisqu'il n'y aurait pas de récolte sans semences et sans travaux; ils augmentent donc le patrimoine du débiteur commun, et enrichissent les autres créanciers; il est juste que ceux-ci leur en tiennent compte (n° 447).

L'article 20 met sur la même ligne « les sommes dues pour ustensiles servant à l'exploitation »; le privilége porte sur le prix des ustensiles. La cause du privilége est identique; sans ustensiles aratoires, la culture serait impossible, comme elle le serait sans semences (n° 453).

§ III. *Privilége du créancier gagiste.*

Sommaire.

371. Nous renvoyons à ce qui a été dit de ce privilége au titre du *Nantissement* (1).

§ IV. *Des frais de conservation.*

Sommaire.

372. L'article 20, 4°, privilégie les frais faits pour la conservation de la chose. On entend par là les dépenses nécessaires sans lesquelles la chose eût péri; c'est le plus légitime des privi-

(1) Voyez, ci-dessus, nos 251-261.

léges, puisque c'est grâce aux travaux faits pour conserver la chose qu'elle se trouve encore dans le patrimoine du débiteur et que les autres créanciers en profitent. La loi n'accorde pas de privilége pour les frais d'amélioration, pas même jusqu'à concurrence de la plus-value qui en résulte, comme elle le fait pour les travaux exécutés sur un immeuble (art. 27, 5°). De raison juridique de cette différence entre les meubles et les immeubles il n'y en a point; peut-être la loi a-t-elle reculé devant les formalités et les conditions qui sont si gênantes, que le privilége dit de l'architecte est d'une rare application. Par contre, *toute* la créance de l'article 20, 4°, est privilégiée, sans qu'il y ait à considérer la plus-value; ce qui est très-juste, car la créance est privilégiée, non à raison de la plus-value qu'elle procure à la chose, mais parce qu'elle l'a conservée, or il a fallu toute la dépense pour que la chose fût conservée, donc toute la créance doit être privilégiée (n°s 455, 456, 467).

373. Le privilége des frais de conservation s'éteint-il lorsque la chose mobilière qui en est grevée est devenue immeuble par destination ou par incorporation? Cette question se présenteaussi pour le privilége du vendeur; nous allons y revenir en traitant de ce privilége (1) (n° 470).

§ V. *Du prix d'effets mobiliers non payés.*

Sommaire.

374. Motif du privilége. A quels meubles s'applique-t-il?
375. Quelle est la condition requise pour que le privilége existe?
376. *Quid* si les effets mobiliers sont immobilisés? De l'exception admise pour les machines. Publicité requise pour la conservation du privilége.
377. Du droit de revendication accordé au vendeur. But, conditions et effet.
378. Le droit de résolution du vendeur est subordonné, à l'égard des tiers, au droit de revendication.

374. L'article 20, 5°, donne un privilége au vendeur pour le prix d'*effets mobiliers* non payés. Quel est le motif de ce privilége? Grenier, dans son rapport au Tribunat, répond que la créance du vendeur est privilégiée parce que, sans la vente, la chose vendue ne serait pas devenue le gage des autres créan-

(1) Voyez, plus loin, n° 376.

ciers; si elle se trouve dans le patrimoine du débiteur, c'est par suite de la vente; en ce sens, la vente profite aux autres créanciers; il est donc juste qu'ils payent le prix de la chose; si la chose devenait leur gage, sans qu'ils en payent le prix, ils s'enrichiraient sans cause aux dépens du vendeur (n° 472).

La loi dit que le vendeur d'*effets mobiliers* a un privilége. Dans l'opinion générale, cette expression comprend les créances; il est certain que le motif qui a fait établir le privilége s'applique aux meubles incorporels. Il y a cependant un motif de douter très-grave, c'est le texte qui implique qu'il s'agit de meubles corporels; or le texte n'est-il pas décisif en matière de priviléges? (n° 474).

375. Quelle est la créance privilégiée? C'est le *prix* non payé. Dans les ventes mobilières, le prix consiste régulièrement dans une somme d'argent; c'est cette créance qui jouit du privilége (n° 475). L'article 20 porte que le vendeur a droit au privilége, soit que l'acheteur ait ou non un terme pour le payement du prix. Dès que le prix est dû, il doit y avoir privilége, parce que la cause du privilége existe, car la propriété est transférée à l'acheteur, et, par conséquent, la vente profite aux autres créanciers, sans distinguer s'il y a terme ou non (n° 477).

La seule condition que la loi exige pour que le privilége existe, est que les effets vendus soient encore en la possession de l'acheteur Tel est le droit commun en cette matière, les priviléges mobiliers n'ayant pas de suite. D'ailleurs la raison du privilége cesse dès que l'acheteur cesse de posséder, puisque la chose ne profite plus aux autres créanciers. Pourquoi la loi ne donne-t-elle pas le droit de suite au vendeur, tandis qu'elle le donne au bailleur? On dit que l'intérêt du commerce l'exige. Le commerce consiste à acheter des choses mobilières pour les revendre; pour que la revente puisse se faire, il faut que l'acheteur soit à l'abri de toute action réelle; la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, le protége contre le propriétaire; à plus forte raison doit-elle le protéger contre un simple créancier privilégié (n° 478). Tout cela est vrai, mais on peut en dire autant quand le preneur vend un meuble qui garnit la maison louée.

376. « Le privilége du vendeur cesse d'avoir effet, si les objets mobiliers sont devenus immeubles par destination ou par incorporation. » Il en est de même du privilége des frais de con-

servation. La raison en est que, dans ce cas, les objets grevés du privilége n'existent plus, ils sont devenus immeubles; or, il ne peut y avoir de privilége mobilier sur des immeubles. Il y a un autre motif, l'intérêt des tiers : les créanciers hypothécaires comptent sur la valeur intégrale des fonds qui sont affectés à leur créance; ils seraient trompés si des créanciers privilégiés venaient leur enlever une partie du gage spécial sur la foi duquel ils ont traité avec le propriétaire (n° 487).

L'article 20, 5° (§ 2), ajoute : « Sauf s'il s'agit de machines et appareils employés dans les établissements industriels. » Quoique ces effets mobiliers deviennent immeubles par destination et qu'ils puissent même l'être par incorporation, le privilége du vendeur et celui de l'ouvrier pour frais de conservation n'est pas éteint par l'immobilisation. Quel est le motif de cette exception? Elle a été admise dans l'intérêt de l'industrie. La prospérité d'un établissement industriel dépend de la perfection de ses machines; il fallait donc faciliter aux fabricants les moyens de se procurer les meilleurs appareils et de les conserver; or, le moyen le plus efficace consiste à assurer aux vendeurs et aux mécaniciens le payement de leurs créances, en maintenant leur privilége, malgré l'immobilisation. Toutefois la loi ajoute une restriction; le privilége ne subsiste que pendant deux ans à partir de la livraison. Dans la matière des priviléges, il y a divers intérêts en conflit, que le législateur doit concilier. La loi déroge au droit commun en faveur des créanciers qui fournissent ou conservent les machines, afin d'assurer leur payement; mais le crédit que les vendeurs et mécaniciens font aux fabricants n'est pas et ne peut pas être illimité; ce serait perpétuer le privilége aux dépens des autres créanciers, qui se verraient trompés dans leurs espérances par cette préférence accordée à un privilége qu'ils doivent croire éteint après un délai de deux ans, suffisant pour que le créancier privilégié obtienne son payement; prolonger le privilége, c'eût été accorder une prime à la négligence au préjudice des créanciers hypothécaires (n° 488).

La loi ne se contente pas de réduire le privilége à un court délai, elle subordonne encore son maintien à la publicité, toujours dans l'intérêt des tiers. Par exception au droit commun, le privilége du vendeur et celui du mécanicien doivent être rendus

publics, afin que les tiers créanciers hypothécaires sachent qu'ils seront primés par eux sur le prix de l'immeuble,pour des créances souvent considérables. Dans la quinzaine de la livraison, l'acte constatant la vente doit être transcrit sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. La transcription ne se fait pas sur les registres du conservateur des hypothèques; ces registres ne constatent que des droits immobiliers; d'ailleurs, les commerçants qui sont dans le cas d'exercer le privilége ont plus de relations avec le tribunal de commerce qu'avec le conservateur des hypothèques. Quant au privilége des frais de conservation, il faut également un acte constatant la créance, et qui soit transcrit. Pour assurer la publicité, la loi veut que la transcription se fasse au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel le débiteur a son domicile, et, à défaut de domicile, sa résidence. Le greffier est tenu de donner connaissance de la transcription à toutes les personnes qui en font la demande. Si aucun acte n'a été transcrit, le greffier certifie qu'il n'y a pas de transcription (n°s 489 et 491).

377. La loi accorde encore au vendeur un droit de *revendication* dans le but d'assurer ses droits. C'est ce que dit l'article 20, 5° § 5 : « Le vendeur peut revendiquer les objets vendus, et *en empêcher la revente.* » Si l'acheteur revendait la chose, le premier vendeur perdrait tous ses droits; en effet, il ne peut pas exercer son privilége contre les tiers possesseurs, et s'il demandait la résolution de la vente contre l'acheteur, il ne pourrait pas revendiquer contre l'acquéreur. Il a donc le plus grand intérêt à empêcher la revente si l'acheteur est insolvable. Tel est le but de la revendication. Le mot est mal choisi pour qualifier le droit du vendeur, puisqu'il ne s'emploie que du propriétaire, et le vendeur a cessé de l'être; c'est une saisie, une main-mise sur la chose, qui empêche l'acheteur de revendre, et permet au vendeur d'agir en résolution de la vente, ou d'en demander l'exécution, en exerçant son privilége (n°s 494-497).

La loi soumet la revendication à des conditions rigoureuses. Il faut :

1° Que la vente ait été faite *sans terme.* Il n'y a pas de bonne raison de cette condition. Le vendeur à terme a un privilége et l'action en résolution aussi bien que le vendeur sans terme; or,

c'est pour garantir les droits du vendeur que la loi lui donne le droit de revendiquer : il devrait donc l'avoir dans tous les cas (n° 498).

2° Que la chose vendue soit encore en la possession de l'acheteur. La revendication a pour objet de garantir le privilége du vendeur et son droit de résolution; or, quand la chose vendue est en la possession d'un tiers, le vendeur ne peut plus exercer son droit utilement, car il devrait agir contre le tiers possesseur et celui-ci peut lui opposer l'exception de l'article 2279, d'après lequel aucune action réelle ne peut être formée contre celui qui possède un objet mobilier de bonne foi (n° 499).

3° Que le vendeur fasse la revendication dans la huitaine de la livraison. Cette condition est prescrite dans l'intérêt des tiers, non des tiers acheteurs, car ceux-ci sont garantis par l'article 2279, mais des tiers créanciers chirographaires, qui traitent avec le possesseur sur la foi de sa richesse mobilière; ils seraient trompés si le vendeur venait leur enlever une partie du gage sur lequel ils comptaient, car le vendeur ne revendiquerait que pour exercer son droit de résolution (n° 500).

4° Que les effets se trouvent dans le même état que lors de la livraison. La chose change d'*état* quand l'*espèce* est détruite et remplacée par une autre espèce. L'acheteur fait d'un bloc de marbre une statue. Un bateau est détruit; il n'en reste que des matériaux. Le vendeur perdra son droit de revendication. Il n'y a pas de bonne raison de cette condition. La loi ne l'exige pas pour l'exercice du privilége, dès lors elle ne devait pas l'exiger pour la revendication, puisque la revendication n'a d'autre objet que de garantir les droits du vendeur (n° 501).

378. Le vendeur a, outre son privilége, une action en résolution quand l'acheteur ne paye pas le prix. En principe, l'action en résolution est indépendante de la revendication; l'action en résolution a pour objet de résoudre la vente, tandis que la revendication n'est qu'une mesure conservatoire qui permet au vendeur d'exercer ses droits de privilége et de résolution. Sous l'empire du code civil, le vendeur pouvait encore agir en résolution, quoiqu'il fût déchu de la revendication; c'était un droit très-préjudiciable aux tiers créanciers chirographaires; ils comptaient que le gage du mobilier vendu leur resterait quand il n'y avait pas de revendication dans les huit jours; puis venait le vendeur qui leur

enlevait ce gage en demandant la résolution de la vente. La loi nouvelle déroge au code civil ; elle dispose que « la déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution à l'égard des autres créanciers. » C'est une conséquence logique de la restriction que le code civil apportait au droit de revendication ; si la loi limite l'exercice de ce droit à un terme très-court, c'est dans l'intérêt des créanciers chirographaires ; elle doit, pour être conséquente, les mettre aussi à l'abri de l'action en résolution. Mais la loi belge ne statue que dans l'intérêt des tiers ; elle ne s'occupe pas des rapports du vendeur et de l'acheteur, ils sont régis par les principes généraux établis par le code civil : le vendeur peut agir en résolution contre l'acheteur pendant trente ans (n° 504).

VI. *Privilége de l'aubergiste.*

Sommaire.

379. La loi accorde un privilége aux fournitures de l'aubergiste sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge (art. 20, 6°). Ce privilége, de même que celui du bailleur, repose sur un gage tacite : la loi l'admet dans l'intérêt du voyageur autant que dans celui de l'aubergiste, et leur intérêt se confond avec celui de la société. Ceux qui logent les passants, dit Ferrière, pèlerins ou voyageurs, le font par la nécessité d'un office public ; ils sont obligés de recevoir toutes sortes de personnes, quoiqu'ils ne les connaissent point, sans avoir aucune assurance du payement de la dette et des dépenses qu'ils font chez eux ; il importe aux voyageurs que les hôteliers trouvent une garantie dans le gage tacite des effets qu'ils transportent avec eux, afin qu'ils soient sûrs de trouver logement et nourriture. La société est aussi intéressée à favoriser la circulation des hommes : c'est favoriser le commerce des choses et des idées. Il faut ajouter que la créance des aubergistes, par sa nature, est très-favorable, puisque c'est une créance d'aliments. Enfin, l'au-

bergiste est assimilé par la loi au dépositaire nécessaire, en ce qui concerne les objets que les voyageurs déposent dans l'auberge, ce qui aggrave la responsabilité du débiteur ; il répond même du vol ou du dommage des effets des voyageurs, comme nous l'avons dit au titre du *Dépôt* (art. 1952, 1953). Soumis à la preuve testimoniale et à une responsabilité exceptionnelle, il était juste que la loi lui accordât aussi une protection spéciale pour le payement de la créance qui peut lui devenir si funeste (n° 505).

380. Quelle est la créance privilégiée? Ce sont les *fournitures* de l'*aubergiste*, c'est-à-dire les fournitures que l'aubergiste fait en cette qualité, le logement et la nourriture. On y comprend les boissons qu'il est d'usage de prendre à table. Quant aux vins et liqueurs qui seraient fournis en dehors des besoins de l'alimentation, ils ne sont pas privilégiés ; ces fournitures ne sont pas comprises dans celles que fait un aubergiste, et elles sont par leur nature très-défavorables : donc, le texte et l'esprit de la loi les repoussent. A plus forte raison ces fournitures ne jouissent-elles d'aucun privilége quand elles sont faites par un cabaretier (n° 507).

381. Quels sont les objets grevés du privilége? Ce sont les effets du voyageur transportés dans l'auberge. C'est le transport à l'hôtel qui constitue le gage tacite, et ce gage frappe tous les effets que le voyageur dépose dans l'hôtel, soit que ces effets l'accompagnent, soit qu'il les reçoive pendant qu'il est à l'hôtel, soit même qu'il les achète pendant qu'il y séjourne ; la loi ne distingue pas (n° 508).

382. Le privilége de l'aubergiste est attaché à la possession ; dès que les effets sortent de l'auberge, le privilége s'éteint. L'aubergiste n'a pas le droit de suite ; il ne lui reste, dans ce cas, qu'une créance chirographaire (n° 509).

§ VII. *Des frais de voiture.*

Sommaire.

383. Motif du privilége.
384. Quelle est la créance privilégiée?
385. Quelle est la condition requise pour l'existence et la conservation du privilége?

383. Le voiturier a un privilége pour frais de voiture et dépenses accessoires (art. 2079). Quel est le fondement de ce privilége? On comprend le voiturier parmi les créanciers appelés

gagistes, parce qu'ils ont un gage tacite sur les effets mobiliers qu'ils détiennent et qui sont leur seule garantie, leur profession les obligeant de traiter avec des personnes qu'ils ne connaissent point. Le voiturier, sous ce rapport, est dans la même situation que l'aubergiste : il rend aussi service à la société, puisqu'il est l'agent des relations commerciales. De plus, sa créance profite aux autres créanciers, car il transporte les marchandises dans les lieux où elles doivent être vendues; la valeur en est augmentée par le transport; c'est un profit pour la masse, il est juste qu'elle en tienne compte à celui qui le lui procure (nº 512).

384. Quelle est la créance privilégiée? La loi accorde le privilége pour les frais de voiture et dépenses accessoires : tels sont les frais de douane, de transit ou d'octroi. On y comprend encore les dépenses faites pour la conservation de la chose voiturée (nº 514).

385. Sous quelles conditions le voiturier a-t-il un privilége? C'est un gage, donc le privilége est attaché à la possession; c'est ce que dit l'article 20, 7° : « pendant que le voiturier en est saisi ». Toutefois, la loi maintient le privilége « pendant les vingt-quatre heures qui suivront la remise au propriétaire ou au destinataire ». La raison en est que le voiturier est obligé de remettre la chose voiturée au destinataire, afin que celui-ci vérifie si elle est arrivée en bon état, ou constate les avaries, s'il y a lieu; et il est d'usage de ne payer les frais de voiture qu'après cette vérification; la loi a dû tenir compte de ces nécessités. Mais pour que le privilége du voiturier subsiste pendant ces vingt-quatre heures, il faut, dit la loi, que le destinataire ait conservé la possession des objets voiturés. C'est le droit commun; si les effets sont aliénés, le privilége s'éteint, le créancier privilégié n'ayant pas le droit de suite. (nº 515).

§ VIII. *Des créances pour abus et prévarications.*

Sommaire.

386. Quels sont les fonctionnaires tenus de fournir un cautionnement? Quelles sont les créances privilégiées sur le cautionnement?

386. « Sont privilégiées les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice

de leurs fonctions sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui en peuvent être échus » (art. 20, nº 8). Il y a des fonctionnaires ou officiers ministériels qui doivent fournir un cautionnement pour la garantie des particuliers forcés de recourir à leur ministère. Tels sont les conservateurs des hypothèques (loi du 21 ventôse an VII, art. 8). La loi du 25 ventôse an XI (art. 33) impose la même obligation aux notaires. Un arrêté du prince souverain des Pays-Bas du 27 juillet 1814 en a dispensé les notaires, mais cet arrêté n'a pas été publié légalement en Belgique, de sorte qu'il n'y a pas force obligatoire; on l'observe néanmoins. C'est, en tout cas, une malheureuse innovation. Quant aux avoués, huissiers et greffiers, l'obligation du cautionnement est tombée en désuétude; c'est dire que légalement (loi du 17 ventôse an VIII) elle existe encore. Les agents de change et les courtiers qui étaient aussi soumis au cautionnement ont cessé d'être des officiers publics (loi du 30 décembre 1867). Restent les comptables des administrations publiques qui sont obligés de fournir un cautionnement (loi du 6 ventôse an XIII (nº 517).

La loi a voulu garantir les particuliers du préjudice que leur causent certains fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, parce qu'ils sont forcés de s'adresser à eux : c'est ce qu'on appelle *faits de charge*. Le privilége s'exerce sur le fonds du cautionnement et les intérêts qui en sont dus par la caisse des consignations, où les deniers sont déposés (nº 519). Pour qu'il y ait lieu au privilége, il faut donc que les officiers publics aient causé un dommage à un tiers dans l'exercice de leurs fonctions; s'ils causent un dommage en dehors de leurs fonctions, la partie lésée n'a pas de privilége, parce que la raison du privilége n'existe plus (nº 518).

SECTION V. — Du rang des priviléges mobiliers entre eux.

Sommaire.

387. L'article 13 établit le principe en cette matière : « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges. » C'est le législateur qui détermine quelles

créances sont privilégiées à raison de leur qualité (art. 12); c'est donc lui aussi qui doit régler les différentes qualités qui donnent à un privilége une préférence sur un autre. Les auteurs du code Napoléon avaient négligé de le faire; la loi nouvelle a comblé la lacune (n° 521).

§ I. *Rang des priviléges généraux.*

Sommaire.

388. Ce rang est déterminé par l'article 19.

388. Le rang des priviléges généraux sur les meubles est réglé par l'article 19. Mais il peut y avoir conflit entre les privi-léges généraux et les priviléges spéciaux, et il peut y avoir concours entre des créanciers ayant un privilége spécial. Les articles 21-25 établissent des principes à cet égard, puis l'article 26 ajoute : « Les autres priviléges généraux sont primés par les priviléges spéciaux. » Cette préférence s'explique par la considération que le privilége spécial est une exception que la loi apporte à la règle des priviléges généraux ; ceux-ci grèvent tout le mobilier, à l'exception des meubles affectés à certaines créances (n° 522).

§ II. *Concours des priviléges généraux avec les priviléges spéciaux.*

Sommaire.

389. Rang des frais de justice.
390. Rang des frais de conservation.
391. Rang des frais funéraires. Règle et exceptions.

389. « Les frais de justice priment toutes les créances dans l'intérêt desquelles ils ont été faits » (art. 21); donc, aussi les priviléges spéciaux quand les frais de justice ont été faits dans l'intérêt de ces priviléges. Cette préférence s'explique par la nature des frais de justice; si les créanciers privilégiés sur certains meubles doivent faire des frais pour la conservation et la liquidation de leurs droits, il est juste qu'ils les supportent, comme tout créancier ; si les frais ne leur profitent pas, ils ne les supportent point (n° 523).

390. « Les frais faits pour la conservation de la chose priment les priviléges antérieurs » (art. 22). Quelle est la raison de cette préférence? Les frais de conservation sont une dépense nécessaire, sans laquelle les objets grevés des priviléges antérieurs auraient péri; c'est grâce à ces frais que les créanciers peuvent exercer leurs droits, il est juste qu'ils les supportent. Ce qui revient à dire que leur privilége doit être primé par celui des frais de conservation (n° 529).

Les frais de conservation ne priment pas les priviléges *postérieurs,* parce qu'ils ne les ont pas conservés. Cependant, l'article 22 (§ 2) ajoute : « Ils priment même, *dans tous les cas,* les priviléges compris dans les trois derniers numéros de l'article 19. » Ainsi, les frais de dernière maladie, les salaires des domestiques, commis et ouvriers, et les fournitures de subsistances sont toujours primés par les frais de conservation, alors même que ceux-ci ont été faits avant que ces priviléges généraux fussent nés. Nous ne connaissons pas de bonne raison de cette préférence (n° 525).

391. Le privilége des frais funéraires l'emporte sur tous les autres priviléges (art. 25). Cette préférence s'explique par la cause de la créance privilégiée : c'est le seul privilége qui soit établi dans l'intérêt public, et l'intérêt de la société doit l'emporter sur celui des particuliers.

Mais la préférence n'est pas absolue. D'abord, les frais funéraires sont primés par les frais de justice, préférence très-légitime, puisque les frais de justice ne sont préférés aux frais funéraires que s'ils ont été faits dans l'intérêt de cette créance. En second lieu, les frais funéraires sont primés par les frais faits postérieurement pour la conservation de la chose : c'est l'application de la règle générale établie par l'article 22. Enfin, 3° les frais funéraires sont primés par les priviléges de l'aubergiste, du voiturier et du créancier gagiste; la raison en est que le gage exprès ou tacite sur lequel reposent ces priviléges doit leur assurer une garantie complète, sinon les créanciers seraient trompés, car ils ont traité et dû traiter sur la foi de cette garantie spéciale.

La loi apporte une exception à cette dernière exception; après avoir dit que les frais funéraires priment les créanciers gagistes, elle ajoute : « en tant que ceux-ci ne sont pas primés par le vendeur de l'objet donné en gage. » Le vendeur prime les gagistes,

lorsque ceux-ci savaient, en recevant la chose, que le prix en était encore dû; or, les frais funéraires l'emportent toujours sur le vendeur; primant le vendeur, lequel prime les gagistes, ils doivent aussi primer les gagistes. C'est l'application du vieil adage : *Qui vincit vincentem te, te quoque vincit* (n° 527).

§ III. *Du concours des priviléges spéciaux entre eux.*

Sommaire.

392. Principe.
393. Rang des créanciers gagistes à l'égard du vendeur non payé
394. Rang du vendeur à l'égard du bailleur.
395. Rang des priviléges pour frais de semence et de récolte, et du privilége pour le prix des ustensiles, à l'égard du bailleur.

392. La loi ne règle point tous les cas possibles de concours entre priviléges spéciaux. La plupart ne se présentent pas dans la vie réelle; il était donc inutile de les prévoir. Il suffisait de décider les difficultés usuelles; le juge pourra appliquer ces dispositions, par voie d'analogie, aux cas non prévus (n° 528).

393. « « Le créancier gagiste, l'aubergiste et le voiturier sont préférés au vendeur de l'objet mobilier qui leur sert de gage. » Nous venons de dire quelle est la raison de la faveur que la loi témoigne aux créanciers appelés *gagistes*. Cette préférence est en harmonie avec les principes. Possédant, en vertu d'un droit réel, les choses qui leur servent de gage, ils sont à l'abri de la revendication du propriétaire (art. 2279); par identité de raison, ils doivent être à l'abri de l'action d'un créancier privilégié, tel que le vendeur, le privilége ne pouvant pas avoir plus d'effet que la propriété. L'équité est d'accord avec le droit, car le vendeur a un moyen de sauvegarder ses intérêts. L'article 23 met une condition à la préférence que le législateur accorde aux gagistes sur le vendeur, c'est qu'ils aient ignoré, en recevant la chose, que le prix n'en était pas payé; s'ils savaient que le prix fût dû, ils seront primés par le vendeur. La raison en est que, dans ce cas, ils sont de mauvaise foi; or, leur privilége ainsi que le rang que la loi y attache se fondent sur la possession de bonne foi qu'ils peuvent opposer à tout tiers agissant en vertu d'un droit réel. Il suit de là que le vendeur non payé a un moyen

très-simple de sauvegarder ses intérêts à l'égard des créanciers gagistes, c'est de leur faire connaître son privilége.

Ce n'est pas à dire que le vendeur doive faire connaître son privilége aux créanciers gagistes pour empêcher ceux-ci de le primer. La loi ne l'exige pas; il suffit que les gagistes aient su, n'importe par quelle voie, que le prix de la chose qui leur est donnée en gage était encore dû (n° 529).

394. « Le privilége du vendeur ne s'exerce qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins que, lors du transport des meubles dans les lieux loués, le vendeur n'ait fait connaître au bailleur que le prix n'en avait pas été payé » (art. 23). Quel est le motif de cette préférence? La raison est la même que celle que nous venons de donner pour les créanciers gagistes (1). La loi établit cependant une différence entre le bailleur et les autres gagistes. Il faut que le bailleur apprenne par le vendeur que le prix des meubles n'a pas été payé, pour qu'il soit primé par le vendeur, tandis que la loi n'exige pas cette condition quand le vendeur est en concours avec des gagistes proprement dits. On ne peut expliquer cette différence que par une considération de fait. Le vendeur peut savoir assez facilement que les meubles qu'il vend sont transportés dans une maison louée; la loi pouvait donc exiger de lui qu'il avertît le bailleur de l'existence de son privilége; tandis que le vendeur ne peut guère savoir si les objets vendus sont l'objet d'un gage (n° 531).

Comment le vendeur fera-t-il connaître au bailleur que le prix des meubles est encore dû? La loi ne le dit point; on reste, par conséquent, sous l'empire du droit commun qui régit les preuves. Il ne faut pas de notification, puisque la loi n'en exige pas (n° 532).

395. « Les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sont payées sur le prix de cette récolte, et celles dues pour ustensiles servant à l'exploitation, sur le prix de ces ustensiles, par préférence au bailleur dans l'un et l'autre cas » (art. 24). Cette préférence tient à la cause du privilége : les créanciers des semences, des frais de récolte et des ustensiles ont procuré la récolte; or, sans la récolte, le bailleur ne pourrait

(1) Voyez, ci-dessus, n° 393.

pas exercer son privilége; donc, le premier privilége doit primer le second (art. 534).

SECTION VI. — Des priviléges immobiliers

(*Principes de droit civil.* t. XXX.)

Sommaire.

396. La loi contient deux sections sur les priviléges immobiliers. Dans la première (sect. III du chap. II), elle énumère les priviléges et détermine les conditions requises pour leur existence; dans la seconde (sect. IV du chap. II), elle dit comment se conservent les priviléges immobiliers. Ainsi, le créancier qui réclame un de ces priviléges doit prouver 1° que les conditions requises pour l'existence du privilége sont remplies; et 2° que le privilége est conservé, c'est-à-dire rendu public dans les formes prescrites par la loi (n° 1).

§ I. *Des priviléges immobiliers et des conditions requises pour leur existence.*

N° 1. PRIVILÉGE DU VENDEUR

Sommaire.

397. Le vendeur d'un immeuble a les mêmes droits que le vendeur d'un objet mobilier, et ces droits ont le même fondement: le droit de résolution et le privilége; mais ses droits sont plus étendus, en ce sens que la résolution réagit contre les tiers, et que le privilége est armé du droit de suite. Le droit de suite rend inutile le droit de revendication que la loi donne au vendeur d'effets mobiliers, pour empêcher la revente; la revente de l'immeuble ne peut causer aucun préjudice au vendeur, car il exerce son privilége contre le tiers acquéreur; et s'il agit en résolution,

il peut revendiquer l'immeuble contre tout tiers détenteur (n° 2).

398. L'article 27 accorde le privilége au *vendeur;* tandis que l'article 19, qui énumère les priviléges mobiliers, dit que le *prix* de vente est privilégié. Cette dernière expression est plus exacte; le privilége n'est pas accordé à la personne, il est accordé à la qualité de la créance (n° 3).

Le code Napoléon, après avoir donné un privilége au vendeur, ajoute, au n° 2 de l'article 2102 : « Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble (sont privilégiés), pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi et, par la quittance du vendeur, que ce payement a été fait des deniers empruntés. » Ce privilége n'est pas mentionné par la loi nouvelle. La disposition du code était inutile; en effet, la subrogation transmet tous les droits du créancier à celui qui est subrogé, que la subrogation soit légale ou conventionnelle (art. 1250); l'article 2103 ne faisait que reproduire cette disposition, et il semblait dire que le privilége du subrogé était un nouveau privilége, tandis qu'il a, en réalité, le privilége du vendeur. La loi belge apporte cependant une modification au code civil, nous l'avons fait connaître, en traitant de la publicité (1) (n° 4).

399. La loi ne prescrit aucune condition de forme pour l'existence du privilége; il existe par cela seul qu'il y a vente. Mais comme le privilége ne devient efficace que par la publicité, laquelle se fait d'ordinaire en transcrivant le titre authentique qui constate la vente, il en résulte que le vendeur qui veut s'assurer son privilége doit faire dresser acte de la vente devant notaire (n° 5).

400. Le vendeur a un privilége pour le payement du prix. Il faut donc que le prix reste dû, en tout ou en partie. Tant que le prix n'est pas payé en entier, le privilége subsiste, parce que la cause du privilége existe. Le privilége est indivisible comme l'hypothèque, puisque le privilége immobilier est une hypothèque privilégiée; il subsiste donc sur tout l'immeuble, tant que le prix n'est pas payé en entier (art. 30) (n° 6).

Qu'entend-on par prix? C'est la prestation que le contrat impose à l'acheteur et qui, d'après la doctrine traditionnelle, doit

(1) Voyez, ci-dessus, n° 354.

consister en une somme d'argent, soit en capital, soit en rente. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Vente* (1). On comprend dans le prix les charges qui ont été imposées à l'acheteur, car elles font partie des prestations dont il est tenu au profit du vendeur (n°s 7 et 9).

La loi ne parle pas des intérêts; il était inutile d'en parler, puisque les intérêts sont un accessoire du capital, et, par conséquent, privilégiés au même titre que le capital. Cela est aussi fondé en équité. Les intérêts que l'acheteur doit payer représentent la jouissance qui lui appartient, et cette jouissance profite aux créanciers de l'acheteur; il est donc juste que les intérêts soient privilégiés à leur égard.

Sous l'empire du code, il y avait controverse sur le point de savoir si tous les intérêts dus au créancier étaient privilégiés, ou s'il fallait appliquer aux priviléges la restriction que l'article 2151 établit quant aux hypothèques. La loi belge décide la question dans ce dernier sens. C'est une application du principe que les priviléges sont des hypothèques privilégiées (n° 15).

401. Le privilége du vendeur porte sur l'immeuble vendu; il est spécial, parce que la cause du privilége est spéciale. Si le prix est privilégié, c'est parce que la chose vendue entre dans le patrimoine du débiteur et profite à ses créanciers. Si la vente avait eu pour objet une portion d'un immeuble, le privilége ne frapperait pas les autres portions (n° 16).

N° 2. PRIVILÉGE DU COPERMUTANT.

Sommaire.

402. Quelles sont les créances privilégiées et les conditions requises pour l'existence du privilége?

402. La loi accorde un privilége aux copermutants, sur les immeubles réciproquement échangés (art. 27, 2°). Ce privilége leur est donné d'abord pour le payement des *soultes* et *retours*. Jusqu'à concurrence de la soulte, l'échange est une vente; si j'échange un immeuble valant trente mille francs contre un immeuble qui en vaut vingt mille, il y a vente pour la soulte de

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 405, n° 691.

dix mille francs que l'autre échangiste doit me payer ; il y a aussi même raison de privilégier la soulte, car la soulte fait entrer la partie de l'immeuble pour laquelle elle est due dans le patrimoine du copermuttant qui doit la payer (n° 19).

La loi donne encore un privilége à l'échangiste « pour le payement de la somme fixe qui serait déterminée par l'acte à titre de dommages et intérêts dans le cas d'éviction ». L'échangiste qui est évincé, soit sur une action en revendication, soit sur une action hypothécaire, peut répéter la chose qu'il a donnée en échange, ou réclamer des dommages-intérêts (art. 1705). S'il agit en répétition, l'échange est résolu, comme s'il n'avait jamais existé ; il n'y a plus de créance, donc pas de privilége. S'il réclame des dommages-intérêts, il a de ce chef un privilége, parce que les dommages-intérêts représentent la valeur de l'immeuble, plus la perte faite par l'échangiste ou le gain dont il a été privé. Pour que l'échangiste ait un privilége de ce chef, il faut que l'acte détermine une somme fixe à titre de dommages-intérêts, c'est-à-dire qu'il les évalue en argent. Dans cette hypothèse, l'échange produit l'effet d'une vente : l'un des échangistes garde le fonds qu'il a reçu et en paye le prix, c'est-à-dire, la valeur actuelle, sous forme de dommages-intérêts. La loi ajoute une condition, l'évaluation des dommages-intérêts. C'est une condition requise pour l'existence du privilége. Elle tient au mode de publicité organisé par la loi. Le copermutant conserve son privilége par la transcription du contrat d'échange stipulant une somme fixe à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction. Pour que la transcription rende le privilége public, il faut naturellement que l'acte transcrit mentionne la créance privilégiée (n° 21).

N° 3. PRIVILÉGE DU DONATEUR.

Sommaire.

403. Le troisième privilége immobilier est celui du donateur sur l'immeuble donné, pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides imposées au donataire (art. 27, 3°). Quand le

donation se fait avec charge, le donateur a une action contre le donataire pour le contraindre à l'exécuter; la loi garantit cette créance par un privilége, par analogie de celui qu'elle accorde pour le payement du prix. En effet, la donation est une vente jusqu'à concurrence du montant de la charge. Si je donne un immeuble valant trente mille francs, en imposant au donataire une charge de dix mille francs, l'acte n'est une libéralité que pour vingt mille francs; pour l'excédant, c'est un contrat à titre onéreux; si la charge consiste en une somme d'argent, le contrat a les effets d'une vente, le donateur doit donc avoir le privilége du vendeur. Si la charge consiste en une autre prestation, il n'y a plus de vente, puisqu'il n'y a pas de prix en argent, mais il y a un contrat analogue, et l'analogie est parfaite pour ce qui concerne le privilége. Ce qui rend la créance du prix préférable aux autres créances, c'est que le prix est la cause de l'obligation du vendeur, par suite de laquelle la chose vendue augmente le patrimoine de l'acheteur; or, la prestation stipulée à titre de charge par le donateur a le même effet, elle est aussi la cause de cette partie de la donation qui répond à la charge; sans cette charge, une partie des biens ne seraient pas entrés dans le patrimoine du donataire, et ne seraient pas devenus le gage de ses créanciers; il est donc juste que ceux-ci supportent la charge, en ce sens que le créancier des charges leur est préféré; sinon ils s'enrichiraient aux dépens du donateur (n° 23).

La loi prescrit une condition pour l'existence du privilége : il faut que l'acte de donation fasse connaître la prestation et son montant. Cette condition tient au mode de publicité admis par la loi. Le privilége du donateur se conserve par la transcription; on doit donc appliquer au donateur ce que nous venons de dire du copermutant. Quand la prestation consiste en une somme d'argent, l'acte de donation fait connaître aux tiers le chiffre exact de la charge, puisque l'acte doit être transcrit sur les registres du conservateur. Si la charge consiste en prestations de denrées ou dans une obligation de faire, elle doit être liquidée, c'est-à-dire évaluée en argent, afin que la transcription de la donation apprenne aux tiers quel est le montant exact des charges à raison desquelles ils seront primés par le donateur (n° 24).

N° 4. PRIVILÉGE DES COPARTAGEANTS.

Sommaire.

404. Quelles sont les créances privilégiées?
405. Quelles sont les conditions requises pour l'existence du privilége?
406. Quels sont les biens grevés du privilége?

404. La loi accorde un privilége aux copartageants 1° pour le payement des soultes, 2° pour le payement du prix de licitation et 3° pour assurer le recours que les copartageants ont en cas d'éviction (art. 27, 4°). Quel est le motif de ces divers priviléges? Le partage liquide des droits préexistants; l'égalité est de l'essence de cette liquidation; et, pour que l'égalité soit réelle, il faut que ceux des copartageants qui ont une action pour la maintenir aient une garantie pour le payement de leurs créances; c'est le seul moyen d'assurer l'égalité (n° 26).

La soulte suppose un partage inégal; le retour de lots a pour objet de rétablir l'égalité par le payement d'une somme d'argent à celui des copartageants dont le lot est inférieur en valeur. Pour assurer le payement de la soulte, et par suite l'égalité entre copartageants, la loi donne un privilége au créancier de la soulte sur les biens compris dans le lot chargé de la soulte.

Il y a lieu à la licitation, c'est-à-dire à la vente aux enchères, lorsqu'une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte; ou si, dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre. On vend, dans ce cas, la chose impartageable, et le prix en est distribué entre les copropriétaires (art. 1686). La licitation est tantôt une vente, et tantôt elle équivaut à un partage. C'est une vente quand un étranger se porte adjudicataire; les copartageants ont alors le privilége du vendeur. Lorsque la chose est adjugée à l'un des communistes, la licitation tient lieu de partage; la part des copartageants dans le prix leur tient lieu de la part qu'ils ont dans la chose; il importe donc de leur donner une garantie pour le payement du prix, sinon ils pourraient ne pas obtenir la part à laquelle ils ont droit (n° 34).

Lorsque l'un des copartageants est évincé d'une chose comprise dans son lot, il a une action en garantie contre les autres communistes pour être indemnisé de la perte que lui a causée l'éviction (art. 884 et 885). Ce recours en garantie a pour objet de rétablir l'égalité entre les copartageants; la loi le privilégie afin d'assurer le payement de l'indemnité, et, par suite, le maintien de l'égalité (n° 26).

405. Quelles sont les conditions requises pour que les communistes aient droit aux priviléges qui naissent du partage? Le privilége des communistes suppose que l'indivision a cessé par le partage, et que de ce partage résultent les créances que nous venons de mentionner. Il n'est pas nécessaire que les copartageants soient *cohéritiers;* la loi belge ajoute ou *copartageants :* quelle que soit la cause de l'indivision, dès qu'il y a partage, il y a lieu au privilége, s'il en naît une créance que la loi privilégie. La raison du privilége existe dans tout partage, car tout partage est une liquidation, et l'égalité est de son essence (n° 24).

La loi prescrit une condition spéciale pour le privilége de garantie, en cas d'éviction; ce privilége n'a lieu que si l'acte de partage contient la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction. Cette condition tient au mode de publicité prescrit pour la conservation du privilége; il se conserve par la transcription de l'acte de partage; l'acte doit donc faire connaître aux tiers le montant exact de la créance privilégiée; si l'acte ne contenait pas cette indication, le privilége n'existerait point. Quant aux deux autres créances privilégiées, il n'y avait rien de spécial à prescrire; l'acte de partage qui contient un retour de lots fait nécessairement connaître le chiffre de la soulte, de même que l'acte de licitation fait connaître le prix de la licitation (n° 38).

406. Quels sont les biens grevés du privilége? Le privilége de licitation porte sur le bien licité; la cause étant spéciale, le privilége doit aussi l'être. Pour le payement de la soulte, le créancier a un privilége sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte. Le plus souvent ce privilége sera trop étendu, puisque la soulte n'est qu'une partie de la valeur du lot; l'article 27 dit que l'acte de partage peut restreindre le privilége à un ou plusieurs immeubles du lot grevé de la soulte. Dans l'esprit de notre loi, les garanties qu'elle accorde ne doivent pas dépasser

les besoins de celui à qui elle les donne; elle cherche donc à limiter les priviléges qui seraient excessifs (n° 37).

Le privilége pour cause d'éviction porte sur tous les immeubles compris dans les lots des garants; il est donc général, en ce sens qu'il grève tous les immeubles de la succession échus aux héritiers débiteurs de l'indemnité. La raison en est que le privilége est une garantie de la créance; le copartageant évincé a un recours contre chacun de ses copartageants de ce chef; il doit donc avoir une garantie réelle sur les biens tombés dans leur lot; mais comme le recours se divise, le privilége ne portera sur les biens de chaque lot que jusqu'à concurrence de la part que le copartageant doit supporter dans la perte résultant de l'éviction. Même ainsi limité, le privilége sera d'ordinaire trop étendu; la loi permet, en conséquence, aux copartageants de le restreindre à une partie des immeubles (n° 37).

N° 5. PRIVILÉGE DE L'ARCHITECTE.

Sommaire.

407. Les entrepreneurs, architectes, maçons et autres ouvriers employés pour défricher des terres ou dessécher des marais, pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, ont un privilége sur l'immeuble dont ils ont augmenté la valeur par leurs travaux (art. 27, 5°). C'est à raison de la plus-value qu'ils procurent au fonds par leurs travaux, que la loi leur accorde un privilége; ils enrichissent le débiteur et, par suite, les créanciers : il est juste que ceux-ci leur tiennent compte du profit qu'ils en retirent. Dans le langage de l'école, on appelle ce privilége le privilége de l'architecte, parce que c'est d'ordinaire l'architecte ou l'entrepreneur qui l'exercent. Du reste, le privilége n'est pas accordé aux créanciers; il est établi en faveur de la créance, et la loi privilégie les *travaux quelconques* qui donnent une plus-value au fonds. Il y a cependant une restriction; il faut que les travaux donnent une créance contre le propriétaire. C'est en ce sens que la loi dit que les ouvriers

doivent être employés par le propriétaire, avec qui ils contractent pour l'exécution des travaux. Le privilége est l'accessoire de la créance, il faut donc qu'il y ait une créance contre le propriétaire à raison des travaux qu'il fait exécuter sur son fonds (nos 42-44).

L'article 2103, 5°, du code civil ajoutait : « Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers jouissent du même privilége, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt et par la quittance des ouvriers. » Cette disposition n'a pas été reproduite par la loi belge, parce qu'elle était inutile (1); le subrogé jouit du privilége en vertu de la subrogation, et en se conformant aux prescriptions de la loi hypothécaire (n° 47).

408. Quelles sont les conditions requises pour l'existence du privilége? La loi veut qu'on dresse deux procès-verbaux, le premier constatant l'état des lieux avant le commencement des travaux, le second constatant la valeur du fonds après la réception des ouvrages ; la plus-value résulte de la comparaison de ces deux valeurs. Cette condition est très-rigoureuse ; elle l'est trop en ce sens que l'entrepreneur, qui est dans la dépendance du propriétaire, n'ose pas demander l'expertise, et, par suite, il ne jouit pas du privilége que la loi lui accorde. Si la loi s'est montrée si rigoureuse, c'est dans l'intérêt des tiers, créanciers chirographaires et hypothécaires, qui se trouvent primés par les entrepreneurs. Par la même raison, elle exige que les experts soient nommés par le président du tribunal, au lieu d'être désignés par les parties. La loi belge veut de plus que les créanciers soient appelés à la première expertise, c'est-à-dire les créanciers hypothécaires inscrits qui seront primés par les créanciers privilégiés, jusqu'à concurrence du montant de la plus-value. Nous reviendrons sur ce dernier point (nos 49-51).

La première expertise se fait avant le commencement des travaux, afin de constater la valeur qu'avait le fonds au moment où les travaux vont commencer. Il doit y avoir une seconde expertise, après que les travaux sont terminés. La loi veut que les ouvrages soient reçus, dans les six mois au plus tard de leur perfection, par un expert nommé d'office. Ce second procès-verbal constate la valeur du fonds après l'achèvement des travaux. L'ex-

(1) Voyez, ci-dessus, n° 398.

pertise est de rigueur, ainsi que le délai dans lequel elle doit être faite : c'est une condition de l'existence du privilége. Dans l'intérêt des tiers créanciers, la loi exige que l'expertise se fasse le plus tôt possible, afin que l'estimation soit exacte, ainsi que la constatation de la plus-value qui résulte des travaux. Le privilége n'est accordé que dans les limites de la plus-value; encore la loi le réduit-elle à la plus-value existante lors de l'aliénation de l'immeuble, parce que c'est seulement à cette époque que les autres créanciers profitent de l'augmentation de valeur (n[os] 53-54).

§ II. *De la conservation des priviléges immobiliers.*

N° 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

409. Les effets des priviléges immobiliers sont subordonnés à la publicité.
410. Motifs de la publicité.
411. Pourquoi la loi ne prescrit-elle pas la publicité des priviléges mobiliers?
412. Le principe de publicité reçoit une exception pour les frais de justice.
413. Il y a des priviléges qui se conservent par la transcription.

409. « Entre les *créanciers,* les priviléges ne *produisent d'effet* à l'égard des *immeubles* qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur » (art. 29). Ainsi tous les effets du privilége sont subordonnés à la publicité, c'est-à-dire la préférence à l'égard des autres créanciers même chirographaires, et le droit de suite contre les tiers (art. 96). Il y a analogie, sous ce rapport, entre les priviléges et les hypothèques. Toutefois, il y a une différence; le rang des hypothèques dépend strictement de la date de l'inscription, tandis que le privilége, une fois inscrit, a rang en vertu de sa nature, c'est-à-dire prime les créanciers hypothécaires inscrits antérieurement; nous dirons plus loin dans quelle limite (n° 66).

410. Pourquoi les priviléges et les hypothèques sont-ils soumis à la publicité? Nous avons dit plus haut (1) les motifs pour lesquels le législateur belge a établi la publicité pour toute translation de droits réels immobiliers. Ce principe s'applique aux hypothèques et priviléges qui sont aussi des droits réels immobi-

(1) Voyez, ci-dessus, n[os] 289 et 290

liers, il n'y a qu'une différence dans le mode de publicité : les hypothèques et priviléges sont rendus publics par voie d'inscription, tandis que les aliénations et les partages sont transcrits. Encore la loi déroge-t-elle à cette règle pour les plus usuels des priviléges ; ceux qui naissent d'un acte translatif ou déclaratif de propriété immobilière se conservent par la transcription de ces actes. Il n'y a donc pas deux publicités, il n'y en a qu'une : c'est un principe général de notre législation. La publicité était admise par le code civil pour les priviléges et hypothèques, sauf quelques restrictions ; le législateur belge a rejeté ces restrictions et généralisé le système.]

Le but de la publicité est d'assurer le crédit des propriétaires d'immeubles, en donnant aux tiers créanciers et aux tiers acheteurs une connaissance complète de la situation du débiteur avec lequel ils traitent. De là la nécessité de la publicité : d'une part, des aliénations et partages, d'autre part, des priviléges et hypothèques. La loi hypothécaire a surtout en vue les intérêts des tiers qui traitent sur la foi d'une garantie réelle, hypothèque ou privilége. Pour qu'ils puissent traiter avec sûreté, il faut qu'ils sachent quelles sont les charges qui grèvent les biens de leur débiteur ; si ces charges étaient clandestines, ils se verraient primés par des créanciers antérieurs, dont ils ignoraient les droits ; ils risqueraient donc de perdre leurs créances par l'insuffisance du gage immobilier qui leur sert de garantie ; or dès que les créanciers ne peuvent pas traiter en sûreté, le crédit du propriétaire en souffre ; on ne traite pas avec lui, ou l'on traite à des conditions onéreuses, pour compenser les chances de perte que l'on court. La publicité des priviléges et hypothèques ne suffit point pour *assurer* les droits des tiers ; il faut encore qu'ils aient la certitude que le possesseur d'immeubles en est le vrai propriétaire ; c'est le motif pour lequel la loi prescrit la publicité des aliénations et des partages. Il faut donc tout ensemble la publicité des priviléges et hypothèques et la publicité des transactions immobilières. La publicité, en assurant les droits des tiers, donne aux propriétaires le crédit dont ils ont besoin, soit pour l'exploitation de leurs fonds, soit pour des entreprises industrielles ou commerciales ; par là la publicité devient un élément de prospérité et de richesse pour les États.

Il y a des tiers qui ne stipulent pas des garanties réelles, ce sont les créanciers chirographaires. Ils sont également intéressés à la publicité des transactions immobilières; en effet, ils traitent sur la foi de la richesse immobilière de leur débiteur; il faut donc qu'ils sachent si cette richesse est réelle; or, elle est trompeuse quand les biens du débiteur sont grevés de charges, priviléges ou hypothèques au delà de leur valeur; elle est plus trompeuse encore quand le débiteur a déjà aliéné une partie de ses immeubles, sans que les tiers puissent savoir quels biens il a vendus et quels biens lui restent. La publicité leur donne une garantie complète en ce sens qu'aucune mutation, aucune hypothèque, aucun privilége ne peuvent leur être opposés s'ils n'ont pas été rendus publics (n° 67).

411. La publicité n'est prescrite que pour les priviléges immobiliers. Pourquoi les priviléges mobiliers ne doivent-ils pas être rendus publics? La publicité est prescrite, d'abord dans l'intérêt des tiers acheteurs; or ceux-ci n'ont aucun intérêt à ce que les priviléges mobiliers soient rendus publics, puisqu'ils sont à l'abri de l'éviction, en vertu de leur possession, s'ils sont de bonne foi; l'article 2279 leur donne une exception contre toute action réelle; voilà pourquoi les priviléges mobiliers n'ont pas de suite. Les créanciers chirographaires seraient intéressés à connaître ces priviléges, puisqu'ils leur enlèvent une partie du gage mobilier sur lequel ils comptaient. Si, malgré l'intérêt des tiers créanciers, la loi n'a pas ordonné la publicité des priviléges mobiliers, c'est que la publicité est moins nécessaire; les tiers doivent s'attendre à un certain nombre de créances privilégiées, ils les connaissent par la loi et savent que l'avoir de leur débiteur est diminué par ces créances. Traitent-ils avec un locataire, un fermier, ils savent qu'ils seront primés par le bailleur. Il y a, à la vérité, des priviléges qu'ils ne peuvent pas connaître : tel est celui du vendeur qui leur enlève la valeur intégrale de la chose vendue et non payée. Mais il eût été difficile d'organiser une publicité complète des divers priviléges. Les transactions mobilières sont infiniment plus nombreuses que les transactions immobilières; obligera-t-on chaque créancier privilégié à inscrire sa créance? Pour bien de ces créanciers, cela eût été impraticable; pour d'autres, c'eût été une gêne devant laquelle la plupart auraient reculé. Enfin les

priviléges mobiliers ont moins d'importance que les priviléges immobiliers; l'intérêt que les tiers et la société ont à leur publicité est donc moindre (n° 68).

412. La règle que les priviléges immobiliers doivent être rendus publics reçoit une exception pour les frais de justice (art. 29); ils priment tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils sont faits, même les créanciers privilégiés sur les immeubles, sans qu'ils doivent être rendus publics. La raison en est simple, c'est que la publicité est inutile; les frais de justice ne sont privilégiés que dans l'intérêt des créanciers qui y sont intéressés, et il est inutile de les avertir de l'existence de ces frais, puisque ce sont eux qui les font, ou ils savent qu'ils se font (n° 69).

413. Aux termes de l'article 29, les priviléges immobiliers ne produisent d'effet que s'ils ont été rendus publics par la voie de l'*inscription*. Viennent ensuite les articles 30-33 qui disposent que les priviléges du vendeur, du copermutant, du donateur, du copartageant, se conservent par la *transcription* de l'acte translatif ou déclaratif qui leur donne naissance. Puis l'article 38 organise la publicité du privilége de l'architecte, par la voie de l'*inscription*. Ces dispositions donnent lieu à de sérieuses difficultés. Avant de les examiner, nous exposerons le système de la loi concernant la conservation des priviléges par la transcription (n° 70).

N° 2. DES PRIVILÉGES QUI SE CONSERVENT PAR LA TRANSCRIPTION

Sommaire.

414. Comment se conserve le privilége du vendeur?
415. Comment se conserve le privilége de l'échangiste?
416. Comment se conserve le privilége du donateur?
417. Comment se conserve le privilége du copartageant?
418. Comment se conserve le privilége du prêteur subrogé aux créanciers privilégiés?
419. Les priviléges qui se conservent par la transcription se conservent aussi par l'inscription.

414. « Le vendeur conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due » (art. 30). Ainsi la transcription de l'acte de vente ne conserve le privilége du vendeur que sous une

condition, c'est que l'acte constate l'existence du privilége, en mentionnant que le prix reste dû, en tout ou en partie. La transcription, de même que l'inscription, doit faire connaître aux tiers que l'immeuble vendu est grevé d'un privilége et quelle est l'étendue de ce privilége; si l'acte de vente ne contient pas la mention que le prix reste dû, la transcription ne fera pas connaître aux tiers qu'il existe une créance privilégiée, ni quel en est le montant; or la transcription ne peut conserver le privilége qu'à la condition de le faire connaître aux tiers, comme l'inscription le leur fait connaître. C'est en ce sens que l'article 34 dit que la transcription vaut inscription. Les tiers doivent aussi apprendre par la transcription quel est le montant de la créance privilégiée; voilà pourquoi la loi veut que l'acte constate que la totalité ou partie du prix est due au vendeur (n° 71).

415. « Les copermutants conservent réciproquement leur privilége sur les immeubles échangés, par la transcription du contrat d'échange constatant qu'il leur est dû des soultes, retours de lots ou une somme fixe, à titre de dommages-intérêts, en cas d'éviction » (art. 31). Pour que la transcription rende le privilége des échangistes public et le conserve, il faut que l'acte fasse connaître d'abord l'existence du privilége, et, en second lieu, le montant de la créance privilégiée. Quant au privilége de soulte, l'acte d'échange le constate, par cela seul qu'il y a soulte. Il n'en est pas de même des dommages-intérêts en cas d'éviction, c'est une créance éventuelle et indéterminée; la loi veut que les parties la déterminent, de manière que les tiers sachent d'une manière exacte quel est le chiffre de la créance par laquelle ils seront primés. Les dommages-intérêts pourront être, en fait, plus considérables, mais ils restent fixes, en vertu de la convention des parties; la loi le veut ainsi dans l'intérêt des tiers (n° 72).

416. « Le donateur conserve son privilége pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides, imposées au donataire, par la transcription de l'acte de donation constatant lesdites charges et prestations » (art. 32). C'est l'application du même principe, et les motifs sont identiques (n° 73).

417. « Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége par la transcription de l'acte de partage ou de l'acte de licitation » (art. 33). A quelle condition? La loi ne le dit pas. Il faut appli-

quer au privilége des copartageants le principe qui régit tous les priviléges qui se conservent par la transcription; l'acte transcrit doit faire connaître le privilége et le montant de la créance privilégiée. La loi accorde un privilége pour soulte; il faut donc que l'acte de partage mentionne la soulte et le montant du retour de lot. La loi privilégie le prix de licitation; l'acte doit, par conséquent, indiquer le prix et mentionner qu'il reste dû en tout ou en partie. Enfin l'indemnité en cas d'éviction est privilégiée; l'article 27, 4°, exige, pour que le privilége existe, la stipulation d'une somme fixe; si l'acte ne contenait pas cette mention, le privilége ne serait point conservé par la transcription. Vainement le copartageant dirait-il que l'article 33 ne prescrit rien à cet égard; on lui répondrait que la transcription ne peut pas conserver un privilége qui n'existe point, or le privilége de garantie n'existe, d'après l'article 27, que sous la condition que l'indemnité, en cas d'éviction, soit fixée dans l'acte (n° 74).

418. Il y a encore un créancier privilégié dont le droit est conservé par la transcription des actes de vente, d'échange, de donation et de partage, c'est celui du bailleur de fonds subrogé aux créanciers privilégiés par l'acte qui est transcrit; la transcription fait, dans ce cas, connaître aux tiers l'existence et le montant du privilége auquel le prêteur est subrogé (art. 34). La loi ajoute que le prêteur subrogé peut requérir la transcription, laquelle conservera son privilége : il est partie à l'acte et il a intérêt à ce que la transcription se fasse pour que son privilége soit conservé; la loi a donc dû lui permettre de la requérir. Si la subrogation n'est pas constatée par l'acte soumis à la transcription, le privilége ne sera pas conservé, puisqu'il ne sera pas rendu public; le subrogé devra, dans ce cas, inscrire la subrogation conformément à l'article 5 de la loi hypothécaire (n° 75).

419. Les priviléges qui se conservent par la transcription se conservent aussi par l'inscription; l'article 29 le dit. Il y a donc deux modes de conserver ces priviléges, mais l'une des publicités suffit. Pourquoi le législateur ne s'est-il pas contenté de l'un des modes de publicité, soit de l'inscription, soit de la transcription? Cette question n'est pas sans difficulté. Nous allons l'examiner en exposant le but et l'effet de la transcription, comme moyen de conserver les priviléges (n° 77).

N° 3. BUT ET EFFET DE LA TRANSCRIPTION COMME MOYEN DE CONSERVER LES PRIVILÉGES.

Sommaire.

420. Pourquoi la loi belge attache-t-elle à la transcription la conservation des priviléges du vendeur, de l'échangiste et du donateur? La loi consacre implicitement le principe de la non-rétroactivité des priviléges.
421. Preuve par les travaux préparatoires.
422. Application du nouveau principe aux priviléges du vendeur, de l'échangiste et du donateur.
423. Application du principe au privilége du copartageant.

420. Les articles 30-34 n'existaient pas dans le projet de loi soumis aux chambres. Ils ont été proposés par le ministre de la justice (M. Tesch), dans le but de prévenir les inconvénients qui résultent de la rétroactivité des priviléges quand la conservation en est attachée à l'inscription. Dans le système de la loi belge, les priviléges ne rétroagissent pas, en ce sens qu'ils ne priment pas les hypothèques inscrites au moment où la créance privilégiée prend naissance. Tel est le privilége du vendeur quand, lors de la vente, l'immeuble vendu était grevé d'une hypothèque; le privilége ne primera pas l'hypothèque. La raison en est que l'hypothèque démembre la propriété; donc, au moment ou le privilége prend naissance, il frappe un immeuble démembré. C'est dire que le créancier privilégié n'a de droit sur l'immeuble que dans l'état où il se trouve, démembré au profit du créancier hypothécaire; donc, s'ils concourent sur le prix de l'immeuble, le créancier hypothécaire primera le créancier privilégié (n° 78).

L'article 38 fait rétroagir, en un certain sens, le privilége de l'architecte. Son privilége ne prend naissance que lorsque les travaux sont achevés et reçus; néanmoins, il prime les créanciers hypothécaires déjà inscrits avant le commencement des travaux, et ceux qui sont inscrits après l'inscription du premier procès-verbal. Il y a rétroactivité, en ce sens que l'architecte prime des créanciers qui avaient un droit acquis dans l'immeuble avant que le privilége prît naissance. Mais cette rétroactivité n'attaque aucun droit acquis; en effet, le privilége de l'architecte ne porte que sur la plus-value résultant des travaux; or, les créanciers hypothécaires, antérieurs aux travaux, bien que leur hypothèque s'étende sur les constructions, ne peuvent pas opposer

leur droit au créancier privilégié qui a fait les travaux, car ce serait s'enrichir à son préjudice; quant aux créanciers postérieurs à l'inscription du premier procès-verbal, ils sont avertis, par la publicité donnée aux travaux, qu'ils ne doivent pas compter sur la plus-value qui en résultera. Donc, la rétroactivité du privilége de l'architecte ne porte atteinte à aucun droit. En ce sens il n'y a pas de véritable rétroactivité. Bien moins encore d'autres priviléges peuvent-ils rétroagir (nos 79 et 80).

421. On peut opposer au principe de la non-rétroactivité des priviléges l'article 12, d'après lequel le privilége prime même les créanciers hypothécaires, et la loi ne distingue pas entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la naissance du privilége. Nous répondons que la distinction résulte de la notion du droit acquis; le législateur ne permet jamais de porter atteinte à des droits acquis ; à plus forte raison ne peut-il pas lui-même enlever des droits qui sont entrés dans le domaine des particuliers. Nous ajoutons que l'article 12 faisait partie du projet de loi ; il est emprunté au code civil ; or, le but des articles 31-34 a été précisément de déroger au système du code civil concernant la rétroactivité des priviléges.

Le code civil n'admettait que trois priviléges, ceux du vendeur, du copartageant et de l'architecte ; quant au privilége du bailleur de fonds, ce n'était que la subrogation à un de ces priviléges. Nous venons de dire en quel sens le privilége de l'architecte rétroagit, il l'emporte par sa qualité sur les hypothèques antérieures, sans néanmoins porter atteinte à un droit acquis. Le privilége du copartageant rétroagissait également ; il devait être inscrit dans les soixante jours à partir de l'acte du partage, et il primait les hypothèques qui avaient été constituées dans ce délai. Quant au privilége du vendeur, le plus usuel et le plus important des priviléges, on admettait qu'il rétroagissait toujours : dès qu'il était inscrit, il primait toutes les hypothèques antérieures. C'était un système désastreux, parce qu'il en résultait que les créanciers hypothécaires se voyaient primés par des priviléges occultes ; ils étaient occultes en ce sens qu'ils n'étaient pas rendus publics au moment où les tiers traitaient avec le propriétaire (n° 81).

Le projet soumis aux chambres consacrait le principe de rétroactivité, mais il cherchait à en diminuer les inconvénients en

abrégeant le délai dans lequel les priviléges devaient être inscrits; le délai était fixé à quinze jours; les hypothèques inscrites dans ce délai étaient primées par les priviléges. C'était restreindre les effets de la clandestinité temporaire des priviléges, mais le vice, quoique corrigé, n'en subsistait pas moins (n° 82).

Le ministre de la justice proposa d'attacher la conservation des priviléges à la transcription des actes qui leur donnent naissance. Ce nouveau système s'appliquait aux quatre priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant. Quant au privilége de l'architecte, le ministre maintenait le principe du code civil; ce privilége, par sa nature, ne compromet aucun intérêt; dans le nouveau système, qui fut adopté, les priviléges cessent de rétroagir, car ils sont conservés par le même acte, la transcription, qui donne effet, à l'égard des tiers, aux actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers (n° 83).

Ainsi, les travaux préparatoires prouvent que, dans le système de la loi belge, les priviléges ne rétroagissent plus, sauf, en un certain sens, celui de l'architecte. On aurait dû modifier, en conséquence, les dispositions du projet qui étaient conçues dans le système du code Napoléon, lequel consacrait la rétroactivité, notamment l'article 12. On pourrait induire de cet article que tout privilége rétroagit, pourvu qu'il soit inscrit, tandis que, d'après la loi belge, le privilége, quoique rendu public, ne rétroagit point. Toutefois, la publicité par la voie de la transcription a une conséquence très-importante, c'est que le privilége, une fois qu'il a pris naissance, prime les hypothèques consenties postérieurement, mais avant la transcription de l'acte; pour mieux dire, ces hypothèques ne peuvent pas être opposées au créancier privilégié, tant qu'il n'y a pas eu de transcription, et dès que la transcription se fait, le créancier privilégié prime nécessairement les créanciers hypothécaires, quoique inscrits antérieurement (n° 84). C'est ce que nous allons expliquer en prenant pour exemple le privilége du vendeur; ce que nous disons du vendeur s'applique, à la lettre, à l'échangiste et au donateur. Nous appliquerons ensuite le nouveau principe au copartageant.

422. Vente d'un immeuble à Pierre, le 1er novembre 1876. Si l'acheteur transcrit avant d'avoir fait aucun acte de disposition, il n'y a aucune difficulté. La transcription conserve le privilége,

il a rang du jour où l'acte de vente est transcrit; si postérieurement Pierre consent des hypothèques, le vendeur les primera, non à raison de la qualité du privilége, mais par la priorité de son inscription (n° 85). Pour qu'il y ait difficulté, il faut supposer que l'acheteur concède une hypothèque avant d'avoir transcrit; le 10 novembre, par exemple. Le créancier hypothécaire prend inscription le même jour. Primera-t-il le vendeur, dont le privilége n'a pas été rendu public? En apparence, le privilége du vendeur est inefficace, puisqu'il n'est pas conservé. En réalité, le vendeur n'a pas besoin de son privilége; il a un droit plus fort à opposer au créancier hypothécaire, c'est son droit de propriété. En effet, tant que la vente n'est pas transcrite, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers; la vente, à leur égard, est censée ne pas exister; le vendeur n'invoque donc pas son privilége, et il ne peut l'invoquer puisqu'il ne l'a pas conservé, mais, par contre, on ne peut lui opposer aucun acte de disposition fait sur une chose dont il n'a point cessé d'être propriétaire.

On objecte que c'est sacrifier les droits du créancier hypothécaire à ceux du vendeur. Cela n'est pas exact; la loi concilie tous les droits, mais à une condition, c'est que l'on se conforme à ses dispositions, et que les parties intéressées fassent ce qu'elle leur commande ou conseille de faire. Or, l'acheteur, dans le système de la loi nouvelle, ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription; jusque-là c'est le vendeur qui reste propriétaire à l'égard des tiers; le tiers qui stipule une hypothèque sur l'immeuble vendu doit donc exiger, avant de traiter, que l'acheteur transcrive; s'il contracte avec lui sans qu'il y ait transcription, il se fait accorder une hypothèque par celui qui n'est pas propriétaire, partant il ne peut opposer cette hypothèque au vendeur, le véritable propriétaire, qui seul avait le droit d'hypothéquer le fonds (n°s 86 et 87).

Pour que l'hypothèque consentie par l'acheteur soit valable, il faut qu'il transcrive; à partir de la transcription il sera propriétaire, à l'égard des tiers, et à partir de ce moment le créancier hypothécaire pourra opposer son hypothèque au vendeur; quoique inscrite antérieurement, l'hypothèque n'a de rang qu'à partir du jour de la transcription; or le privilége du vendeur a aussi rang à partir de la transcription; le privilége et l'hypothèque ont donc

la même date; ce qui assure au créancier privilégié la préférence, parce que l'hypothèque ne peut prendre naissance qu'après la transcription, elle est donc nécessairement postérieure au privilége. On peut encore invoquer en faveur du vendeur la qualité de sa créance, qualité qui, d'après l'article 12, lui assure la préférence sur l'hypothèque; or, quand le privilége et l'hypothèque sont rendus publics le même jour, le privilége doit l'emporter, à raison de la nature de la créance.

Ainsi le système de la transcription garantit toujours les intérêts du vendeur, sans qu'il y ait aucune rétroactivité. Et le créancier hypothécaire ne peut pas se plaindre, car si son hypothèque est inefficace, c'est qu'il a eu l'imprudence de traiter avec un acheteur avant la transcription de l'acte de vente; et si, après que la transcription est faite, il se voit primé par le vendeur, c'est que son hypothèque, quoique rendue publique avant la transcription, n'a de date à l'égard des tiers que du jour de la transcription (n° 88).

423. La loi applique le même principe au privilége du copartageant. Il y a cependant une différence entre ce privilége et ceux du vendeur, de l'échangiste et du donateur. Le motif pour lequel la loi prescrit la publicité du partage n'est pas de faire connaître aux tiers que les copartageants sont devenus propriétaires, car le partage n'est pas translatif de propriété; il ne fait que déclarer que les copartageants ont été propriétaires des biens mis dans leur lot à partir du jour où l'indivision a commencé; le but de la publicité est uniquement de faire connaître aux tiers que l'indivision a cessé, et que les copartageants n'ont plus qu'un droit limité aux biens compris dans leur lot.

La loi ne tient aucun compte de cette différence, elle assimile, pour la publicité du partage, et pour la conservation du privilége des copartageants, l'acte translatif et l'acte déclaratif de propriété. Il faut donc distinguer, comme nous l'avons fait pour la vente, si le partage a été transcrit ou s'il ne l'a pas été. Si le partage est transcrit, le privilége est conservé, et il a rang à partir de la transcription; il prime, par conséquent, à raison de sa date, les hypothèques que le copartageant consentirait sur l'immeuble grevé d'un privilége de partage, par exemple d'un privilége de soulte. Si le partage n'est pas transcrit, et que le copartageant grevé d'un privilége de soulte hypothèque l'immeuble,

le créancier de la soulte primera le créancier hypothécaire. C'est une conséquence logique de l'assimilation que la loi établit entre le privilége du copartageant et le privilége du vendeur. Dans le système de la loi belge, on ne peut pas opposer au vendeur une hypothèque consentie après la vente, mais avant la transcription; donc on ne peut pas opposer au copartageant une hypothèque consentie après le partage, mais avant la transcription (nos 90, 91, 94).

N° 4. DE L'INSCRIPTION D'OFFICE.

Sommaire.

424. Quel est le but de l'inscription d'office? *Quid* si le conservateur ne la fait point?
425. Le créancier peut dispenser le conservateur de faire l'inscription. Quel est l'effet de cette dispense?
426. L'inscription doit être renouvelée. *Quid* si elle ne l'est point?

424. L'article 34 dit que la transcription vaut inscription, c'est-à-dire que les priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copermutant se conservent par la transcription de l'acte qui leur donne naissance; c'est ce qu'avaient déjà dit les articles 30-33. Toutefois la loi veut que le conservateur fasse une inscription d'office de ces mêmes priviléges au moment de la transcription (art. 35). Cette inscription n'est pas requise pour l'efficacité du privilége, puisqu'il est conservé par la transcription de l'acte. C'est dans l'intérêt des tiers que la loi exige ce surcroît de publicité. Les tiers qui veulent s'assurer si un immeuble est grevé de charges hypothécaires consultent le registre aux inscriptions; il faut donc que ce registre soit complet, s'il ne l'était point, les tiers seraient trompés. C'est pour que le registre aux inscriptions soit complet, que la loi oblige le conservateur d'y inscrire, sans qu'il en soit requis, les priviléges qui résultent des actes soumis à la transcription. S'il négligeait de le faire, il serait responsable à l'égard des tiers auxquels il cause un préjudice par sa négligence. C'est une application du principe de responsabilité établi par l'article 1382 (n° 97).

425. L'article 36 permet aux créanciers privilégiés de dispenser le conservateur de prendre l'inscription d'office. Cette inscription peut être inutile, parce que le débiteur présente une entière garantie; ou il se peut que les proches parents qui figu-

rent dans l'acte de partage ne veuillent pas prendre inscription sur les biens de leur parent. Or, toute inscription inutile est un mal, elle diminue le crédit du débiteur, et elle l'oblige à faire les frais d'une radiation, frais également frustratoires. La loi devait donc permettre aux créanciers de renoncer à l'inscription d'office. Cette renonciation a une conséquence très-grave; c'est que les créanciers sont déchus du privilége; la raison en est que l'inscription est un complément de publicité exigé dans l'intérêt des tiers, on suppose que les tiers n'acquièrent connaissance du privilége que par l'inscription ; un privilége non inscrit n'est donc pas public à leur égard, et comme il ne l'est pas par le fait du créancier privilégié, celui-ci doit perdre son privilége; pour mieux dire, il y renonce en renonçant à l'inscription d'office. Mais personne n'est présumé renoncer à une garantie, sans laquelle la créance peut périr; voilà pourquoi la loi veut qu'une clause *formelle* de l'acte dispense le conservateur de prendre l'inscription (n°s 101 et 102).

La déchéance du privilége n'empêche pas le créancier de conserver une hypothèque; il avait deux droits, une hypothèque et un privilége, puisque le privilége immobilier est une hypothèque privilégiée. En renonçant au privilége, le créancier ne renonce pas à l'hypothèque, car toute renonciation est interprétée restrictivement. Mais la différence est grande entre le privilége dont le créancier est déchu, et l'hypothèque qu'il conserve. Le privilége avait rang en vertu de la transcription, sans que le créancier fût tenu de remplir aucune formalité; tandis que l'hypothèque ne deviendra efficace que par l'inscription et n'aura de rang qu'à la date où elle sera inscrite. Il y a de plus la différence qui existe entre le privilége qui a deux rangs de préférence et l'hypothèque qui n'en a qu'un. Enfin le créancier privilégié qui avait une action en résolution la perd, par le fait qu'il est déchu du privilége. Nous reviendrons sur ce dernier point (n° 103).

426. L'inscription prise par le conservateur doit être renouvelée avant l'expiration des quinze années qui suivent sa date (art. 37 et 90). C'est l'application du droit commun; la transcription vaut inscription, or l'inscription ne conserve le privilége que pendant quinze ans; donc la publicité doit être renouvelée avant l'expiration de ce délai. Seulement ce n'est pas la transcrip-

tion qui doit être renouvelée, c'est l'inscription, et la nouvelle inscription se prend, non d'office par le conservateur, mais sur la réquisition du créancier. Si le créancier ne renouvelle pas l'inscription, il est déchu de son privilége, puisqu'il n'a point rempli les formalités prescrites pour le conserver; mais il lui reste une hypothèque; nous venons de dire la différence qui existe entre le privilége qu'il perd et l'hypothèque qu'il conserve (1) (nos 95 et 96).

N° 3. CONSERVATION DU PRIVILÉGE DE L'ARCHITECTE.

Sommaire.

427. Il se conserve par l'inscription des deux procès-verbaux requis pour l'existence du privilége.
428. Quel est l'effet de l'accomplissement de ces formalités?
429. Quel est l'effet de l'inaccomplissement des formalités?
430. *Quid* si le premier procès-verbal n'a pas été inscrit avant le commencement des travaux?

427. Ce privilége se conserve par l'inscription des deux procès-verbaux que la loi exige pour l'existence du privilége (2). Le premier doit être inscrit pour avertir les tiers qu'ils ne doivent pas compter sur la plus-value qui résultera des travaux, parce que l'architecte, en rendant le procès-verbal public, manifeste l'intention de se prévaloir de son privilége, en vertu duquel il primera les créanciers dont les hypothèques sont postérieures à l'inscription du procès-verbal. Le second procès-verbal doit être inscrit dans la quinzaine de la réception des ouvrages, afin que les tiers sachent que l'architecte n'est pas payé et que, par suite, il entend exercer son droit de préférence pour la plus-value résultant des travaux, plus-value dont le montant est constaté par le deuxième procès-verbal combiné avec le premier (art. 38) (n° 106).

428. Si l'inscription se fait conformément à la loi, l'architecte conservera son privilége à la date du premier procès-verbal. Le privilége rétroagit donc, nous avons dit en quel sens (3). Il doit rétroagir par sa nature; il est juste que l'architecte prime les créanciers hypothécaires antérieurs, parce qu'il n'a de

(1) Voyez, ci-dessus, n° 425.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 407.
(3) Voyez, ci-dessus, n° 420.

privilége que pour la plus-value, et que cette plus-value est due à ses travaux, travaux que les tiers connaissaient lorsqu'ils ont traité avec le propriétaire, et sur lesquels ils ne pouvaient, par conséquent, pas compter, car ce serait s'enrichir au préjudice de l'architecte (n° 109).

L'architecte prime encore les créanciers inscrits avant le commencement des travaux. Il est vrai que l'hypothèque s'étend aux améliorations que l'immeuble reçoit ; mais les créanciers n'exercent cette préférence qu'à l'égard des créanciers chirographaires; ils ne priment pas le créancier privilégié, qui a procuré la plus-value au fonds, toujours par la même raison, parce qu'ils s'enrichiraient à ses dépens. Le texte de la loi le décide ainsi; d'après l'article 17, n° 5, on appelle au premier procès-verbal les créanciers inscrits; ce qui suppose qu'ils ont un intérêt à ce que l'évaluation des experts soit exacte, or ils n'y sont intéressés que s'ils sont primés par l'architecte pour la plus-value qu'il donne au fonds par ses travaux (n° 110).

429. L'architecte doit faire inscrire les deux procès-verbaux, le premier avant le commencement des travaux, le second dans la quinzaine de la réception des ouvrages; s'il n'a pas rempli ces formalités, son privilége est inefficace, puisqu'il n'est pas conservé. S'il n'a pas fait inscrire le deuxième procès-verbal dans le délai légal, il est également déchu de son privilége, par la même raison, c'est qu'il n'a pas rempli les formalités prescrites par la loi pour la conservation de ses droits. Les tiers, voyant que l'architecte n'inscrit pas le second procès-verbal, doivent croire qu'il est payé ou qu'il renonce à son privilége; dès lors il faut qu'ils puissent traiter avec le propriétaire, en comptant sur la plus-value résultant des travaux. Toutefois le créancier conserve une hypothèque; nous avons dit plus haut (1) quelle différence il y a entre le privilége que le créancier perd et l'hypothèque qu'il conserve. Pour qu'il conserve une hypothèque, il faut qu'il ait dressé les deux procès-verbaux exigés par l'article 27; si ces procès-verbaux n'ont pas été dressés, il n'y a pas de privilége, partant plus d'hypothèque, et on ne peut pas inscrire une hypothèque qui n'existe point (n° 113).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 425.

430. La loi ne dit pas quel est l'effet de la non-inscription du premier procès-verbal avant le commencement des travaux. On ne peut pas dire que l'architecte est déchu de son privilége, car les déchéances sont de droit étroit. Il n'y avait d'ailleurs pas de raison de faire perdre au créancier son privilége, car le défaut de publicité ne cause aucun préjudice aux tiers; tant que le premier procès-verbal n'est pas inscrit, ils peuvent traiter en toute sûreté avec le propriétaire; leur hypothèque primera le privilége, car le créancier privilégié ne peut pas se prévaloir contre eux d'un privilége non rendu public conformément à la loi. Mais du moment que le premier procès-verbal sera inscrit pendant la durée des travaux, les tiers sont avertis et, par suite, le privilége existera à leur égard (n°s 114 et 115).

N° 6. DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Sommaire.

431. Renvoi au titre des *Successions*.

431. L'article 39 soumet la séparation des patrimoines à la publicité. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions* (1) (n° 116).

§ III. *De l'action résolutoire et des priviléges du vendeur, de l'échangiste et du donateur.*

Sommaire.

432. Le vendeur, l'échangiste et le donateur ont, outre le privilége, une action en résolution.
433. Sous l'empire du code civil, le privilége était public et l'action résolutoire secrète. Conséquence désastreuse de ce système.
434. La loi hypothécaire sauvegarde l'intérêt des tiers par la publicité du droit de résolution et sa dépendance du privilége.
435. Les tiers peuvent arrêter l'action en résolution.
436. La loi accorde encore un droit aux tiers créanciers hypothécaires lorsque la résolution est prononcée contre l'acheteur ou l'échangiste.

432. Il y a trois créanciers priviliégiés qui, outre leur privilége, ont une action en résolution de l'acte qui a donné naissance

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 92, n°s 114 et 116.

au privilége : le vendeur, le donateur et l'échangiste. Quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a deux droits : il peut réclamer le prix avec privilége, et il peut demander la résolution de la vente. Quand la donation est faite avec charge, le donateur peut demander l'exécution des charges avec privilége ; il peut aussi poursuivre la révocation, c'est-à-dire, la résolution de la donation, pour inexécution des conditions. Enfin, l'échangiste évincé peut agir en dommages-intérêts, avec privilége ; il peut aussi répéter sa chose (art. 1705) ; cette action en répétition est également une action en résolution du contrat (n° 120).

433. Quel est le rapport entre le privilége et l'action en résolution ? Le privilége agit contre les tiers, puisque le créancier a le droit de suite, en vertu duquel il peut poursuivre l'expropriation de l'immeuble contre tout tiers détenteur ; cela conduit à l'éviction du propriétaire qui possède un immeuble grevé de privilége. L'action en résolution est une action personnelle, mais quand le contrat est résolu, tous les droits concédés à des tiers par le propriétaire dont le droit est résolu sont également résolus ; l'action résolutoire agit donc aussi contre les tiers (n° 121).

Le privilége et l'action résolutoire menaçant d'éviction les tiers, ceux-ci ont le plus grand intérêt à connaître le privilége et l'action résolutoire au moment où ils traitent avec le propriétaire d'un immeuble grevé d'un des trois priviléges auxquels est attaché le droit de résolution. Le code civil prescrivait la publicité du privilége du vendeur, le plus usuel des droits de préférence, mais il ne donnait aucune publicité à l'action résolutoire. C'était une inconséquence, comme toute demi-publicité, et l'inconséquence était désastreuse pour les tiers, qui n'avaient aucun moyen de connaître l'action résolutoire, et aucun moyen de se mettre à l'abri de la résolution. Ils pouvaient effacer le privilége par la purge, mais le droit de résolution survivait à l'extinction du privilége, car les deux droits étaient entièrement indépendants l'un de l'autre. Par suite, l'action résolutoire subsistait, bien que le vendeur fût déchu de son privilége, par exemple, pour n'avoir point renouvelé l'inscription. Il en résultait que les tiers acquéreurs se voyaient évincés par suite de l'action en résolution, ce qui rendait inutile la publicité du privilége (n°s 122-125).

434. La loi hypothécaire garantit les droits des tiers, d'une

part en rendant publique l'action résolutoire et d'autre part en subordonnant cette action au privilége (art. 218). D'après l'article 1er, les actes de vente, d'échange et de donation doivent être transcrits. La transcription fait connaître aux tiers que le vendeur, l'échangiste et le donateur ont une action en résolution, en cas de non-payement de leur créance. Les tiers acquéreurs savent donc qu'il existe une action résolutoire et un privilége; ils peuvent effacer l'un et l'autre de ces droits par la purge. De plus l'action résolutoire est dépendante du privilége; si le privilége n'est pas conservé, il est inefficace, et par suite l'action en résolution tombe. Ainsi le créancier est déchu de son privilége quand il dispense le conservateur de prendre l'inscription d'office, par suite il perd son droit de résolution (art. 36). De même le créancier perd son privilége s'il ne renouvelle pas l'inscription dans les quinze ans, et par suite il perd son droit à la résolution. Ainsi le privilége et l'action résolutoire sont soumis aux mêmes principes; les tiers, garantis contre les priviléges, le sont par cela même contre l'action résolutoire (n° 128).

435. L'article 28 donne encore une seconde garantie aux tiers. On suppose que le vendeur, l'échangiste ou le donateur exercent l'action résolutoire; les tiers peuvent en arrêter les effets, en remboursant au demandeur le capital et les intérêts auxquels il a droit en vertu de son privilége. Les tiers sont intéressés à arrêter l'action résolutoire, car si la résolution est prononcée, les droits qu'ils ont sur la chose seront également résolus. D'après la rigueur des principes, ils ne peuvent pas arrêter l'action en résolution en indemnisant le demandeur, parce que celui-ci use de son droit, et l'exercice d'un droit ne peut pas être entravé par des tiers. La loi déroge au droit du vendeur qui agit en résolution en permettant aux tiers d'arrêter son action. Cette exception est fondée sur l'équité. Le vendeur a aliéné l'immeuble pour en toucher le prix; s'il agit en résolution, c'est parce que l'acheteur ne paye point; en permettant aux tiers intéressés et ayants cause de l'acheteur de payer pour lui, la loi concilie tous les intérêts essentiels, sauf que le vendeur ne rentrera pas dans la propriété de son fonds. Les tiers qui payeront le prix seront subrogés au droit du vendeur et ils conserveront les droits qui leur ont été concédés sur la chose; quant au vendeur, en équité, il ne peut pas

se plaindre, puisqu'il reçoit le prix qu'il avait stipulé (nº 144).

436. La loi donne encore un autre droit aux tiers créanciers hypothécaires. Quand la résolution est prononcée, le vendeur qui a reçu une partie du prix doit le restituer à l'acheteur ; ces sommes, d'après la rigueur des principes, rentrant dans le domaine de l'acheteur devraient être le gage de tous ses créanciers ; donc en cas de déconfiture de l'acheteur, elles profiteraient à la masse chirographaire. L'article 28 dispose, au contraire, que les deniers restitués seront affectés au payement des créances privilégiées ou hypothécaires inscrites sur l'immeuble. D'après la rigueur des principes, les hypothèques et priviléges qui procèdent de l'acquéreur contre lequel la résolution est prononcée sont résolus, et par suite les créanciers n'ont plus aucun droit sur l'immeuble. La loi considère la partie du prix qui avait été payée, et qui est restituée, comme représentant une partie correspondante de l'immeuble, et elle transporte sur ces sommes les droits que les tiers créanciers avaient sur l'immeuble. Cela n'est pas juridique mais cela est équitable (nº 145).

La loi applique la même disposition à l'échangiste, quand une partie de la soulte a été payée : la situation est identique.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

SECTION I. — Notions générales.

§ I. *Définition. Caractères. Division.*

Sommaire.

437. Définition de l'hypothèque et caractères.
438. L'hypothèque est un droit immobilier.
439. L'hypothèque est indivisible. Conséquences qui en résultent.
440. Les parties peuvent-elles déroger aux principes que la loi établit en matière d'hypothèque?
441. Division des hypothèques. Pourquoi la loi belge n'a-t-elle pas maintenu l'hypothèque judiciaire?

437. « L'hypothèque est un *droit réel* sur les *immeubles* affectés à l'acquittement d'une obligation » (art. 41). Ce qui caractérise les droits réels, c'est qu'ils sont absolus et s'exercent sur la chose ou contre la chose dans quelques mains qu'elle se trouve. L'article 41 consacre ce principe en disant que l'hypothèque suit les immeubles dans quelques mains qu'ils passent.

La loi ajoute que l'hypothèque est un droit réel sur les *immeubles;* elle n'admet pas d'hypothèque sur des *meubles*, parce que l'hypothèque ne donnerait pas au créancier le droit de suite, ce qui enlèverait toute efficacité à sa garantie. C'est en ce sens que l'article 46 dit que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, c'est-à-dire que celui qui a un droit réel sur un objet mobilier ne peut l'exercer contre un tiers possesseur de bonne foi; le propriétaire lui-même n'a pas l'action en revendication. Nous reviendrons sur le principe au titre de la *Prescription.*

Enfin la loi dit que l'hypothèque est affectée à l'acquittement d'une obligation. Elle donne au créancier hypothécaire un droit de préférence à l'égard des créanciers chirographaires, sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Tel est le but essentiel de l'hypothèque (n° 173).

438. L'hypothèque est-elle un droit immobilier? Cette question, controversée sous l'empire du code civil, est décidée implicitement par notre loi hypothécaire. L'article 1er soumet à la transcription tout acte translatif de droits réels *immobiliers, autres que les priviléges et les hypothèques;* c'est dire que ces droits sont immobiliers. En effet, l'hypothèque et le privilége démembrent la propriété; le droit de propriété de celui qui a concédé l'hypothèque, et, par suite, du détenteur de l'immeuble hypothéqué, n'est plus entier; le propriétaire n'a plus le droit absolu de jouir et de disposer, qui est un élément essentiel de la propriété (art. 544). Nous dirons, en expliquant l'article 45, en quoi consiste ce démembrement de la propriété; il en résulte que l'hypothèque est un droit analogue à la servitude, donc un droit immobilier. Il en est de même du privilége, lequel n'est qu'une hypothèque privilégiée (n° 174).

439. « L'hypothèque est, de sa *nature,* indivisible » (art. 41). Elle n'est pas indivisible de son essence. Les parties peuvent stipuler que l'hypothèque se divisera, quand la dette vient à se

diviser, et une pareille stipulation serait impossible s'il y avait indivisibilité proprement dite. Si la loi dit que l'hypothèque est indivisible, c'est que l'intérêt du créancier est qu'elle le soit, et la loi suppose naturellement que telle est l'intention des parties contractantes. Voilà pourquoi l'article 41 dispose que l'hypothèque est indivisible par sa *nature*, c'est-à-dire par la volonté des parties, sauf convention contraire (n° 175).

L'hypothèque est indivisible en ce qui concerne les biens hypothéqués, et par rapport à la créance à laquelle l'hypothèque est affectée. Elle subsiste sur les biens qui en sont grevés jusqu'à l'acquittement intégral de la dette. Si les fonds hypothéqués sont divisés soit par vente, soit par succession, chaque immeuble et chaque portion de l'immeuble restent affectés à la dette, comme s'ils avaient été seuls frappés d'hypothèque. De même si la dette est acquittée en partie, ou si elle se divise par succession, l'extinction partielle ou la division de la dette n'a aucune influence sur l'hypothèque; elle subsistera en entier, bien que la dette soit acquittée pour partie, ou que le détenteur de l'immeuble hypothéqué n'en soit tenu personnellement que pour sa part héréditaire; il en sera tenu hypothécairement pour le tout (art. 873, 1009, 1012) (n° 176).

440. L'article 42 porte que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi ». C'est la loi qui détermine les cas dans lesquels il y a hypothèque; les parties ne peuvent pas convenir qu'elle aura lieu dans d'autres cas. De même la loi règle les formes qui doivent être observées pour les hypothèques conventionnelles et testamentaires; les parties ne peuvent pas déroger à ces formes. Enfin les hypothèques légales doivent être spécialisées, et c'est encore la loi qui détermine comment se fait la spécialisation; les parties ne pourraient pas convenir d'un autre mode. C'est l'application du principe qui défend aux particuliers de déroger, par leurs conventions, aux lois qui concernent l'ordre public, et l'on entend par là les lois d'intérêt général; or il est d'évidence que le régime hypothécaire est organisé dans l'intérêt de la société, donc il n'est pas permis aux parties d'y déroger. Il n'y a d'exception à ce principe que lorsqu'une disposition de la loi est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes. Tel est le principe de l'indivisibilité des

hypothèques. On rentre, dans ce cas, sous l'empire de la règle qui gouverne les contrats. La loi n'impose pas l'indivisibilité aux parties; elle suppose seulement que leur intention est de rendre l'hypothèque indivisible; libre à elles de manifester une volonté contraire (n° 187).

441. « L'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire » (art. 44). D'après le code civil, il y avait encore une hypothèque judiciaire. Cette hypothèque appartenait à tout créancier qui avait obtenu un jugement contre le débiteur, et elle frappait tous ses biens présents et à venir. Le législateur belge ne l'a pas maintenue, parce qu'elle est contraire aux principes. En effet, le but du jugement n'est pas de donner une garantie réelle au créancier, le juge ne fait que déclarer les droits, et leur donner une force exécutoire, en permettant au créancier de saisir les biens du débiteur. Le créancier qui a obtenu un jugement est donc sur la même ligne que celui qui a un acte authentique. C'est aussi à ce titre que dans l'ancien droit l'un et l'autre avaient une hypothèque générale; il était de principe que tout acte authentique emportait hypothèque sur tous les biens du débiteur; le code a rejeté ce principe pour les conventions; il aurait aussi dû le rejeter pour les jugements. C'est ce qu'ont fait les auteurs de la loi belge (n° 190).

§ II. *Quels biens peuvent être hypothéqués?*

Sommaire.

442. Principe. Il est restrictif et d'ordre public.
443. Sont seuls susceptibles d'hypothèque, 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce. Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.
444. L'hypothèque qui grève le sol grève par cela seul les accessoires immobiliers.
445. 2° Les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie établis sur les immeubles pendant la durée de ces droits.
446. Les autres droits immobiliers ne peuvent pas être hypothéqués.

442. La loi détermine les biens qui peuvent être hypothéqués. Ces biens sont seuls susceptibles d'hypothèque. Tels sont les termes de l'article 45; ils sont restrictifs. C'est une question d'intérêt général que de déterminer les biens qui peuvent être grevés d'hypothèque; donc les parties ne peuvent pas déroger à

la loi (1). La question se décide par le texte : les biens qui n'y sont pas compris ne peuvent être hypothéqués (n° 192).

443. « Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce (art. 45). » Les biens doivent être dans le commerce; l'hypothèque sur des biens qui ne seraient pas dans le commerce n'aurait aucune utilité pour le créancier. En effet, la garantie que l'hypothèque donne au créancier lui donne le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué pour être payé par préférence sur le prix; à quoi servirait donc une hypothèque sur des biens qui ne peuvent pas être vendus? Voilà pourquoi, en principe, les fonds dotaux sous le régime dotal ne peuvent être hypothéqués, la loi les déclarant inaliénables.

444. Les meubles ne peuvent pas être hypothéqués; l'article 45 ne les comprend pas dans son énumération, ce qui est décisif. Cela résulte encore de la définition de l'article 41, aux termes duquel l'hypothèque est un droit réel sur un immeuble. La loi n'admet pas d'hypothèques mobilières, parce qu'elles auraient offert peu de garanties, les meubles n'ayant pas de suite par hypothèque (art. 46). Ce vieil adage, reproduit par la loi belge, signifiait que les meubles pouvaient, à la vérité, être hypothéqués, mais que le créancier n'avait pas le droit de suite. La règle qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, ne permet pas au propriétaire de revendiquer des objets mobiliers contre un possesseur de bonne foi. L'article 46 applique ce principe aux hypothèques, et implicitement à tout droit réel mobilier, partant aux priviléges qui grèvent les meubles. En ce qui concerne les hypothèques, l'article 46 est inutile, puisqu'il n'y a plus d'hypothèques mobilières (n°s 193).

Par biens immobiliers, la loi entend les biens que le code civil déclare immeubles par leur nature, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments (art. 518); du reste, la nue propriété peut être hypothéquée, aussi bien que la toute propriété. La loi range encore, parmi les immeubles par leur nature, les fruits pendants par branches ou par racines; ils sont immeubles par leur incorporation au sol; ils sont donc nécessairement hypothéqués quand le sol est hypothéqué; mais ils ne peuvent être hypothéqués séparé-

(1) Voyez, ci-dessus, n° 440.

ment du sol, puisque ce serait l'hypothèque d'un meuble, et les meubles ne peuvent être hypothéqués (nº 199).

Il en est de même des *accessoires réputés immeubles* (art. 45). Tels sont les objets mobiliers immobilisés par destination agricole ou industrielle, et par perpétuelle demeure. Ils sont compris dans l'hypothèque du fonds, à titre d'accessoires immobiliers, mais ils ne peuvent être hypothéqués séparément du fonds, puisque, séparés du fonds, ces objets sont mobiliers (nº 202).

L'article 45 ajoute que l'hypothèque s'étend aux *améliorations* survenues à l'immeuble hypothéqué, soit par le fait de la nature, telles que les alluvions et les îles, soit par le fait de l'homme, telles que les constructions. C'est encore comme *accessoires* que les améliorations sont frappées de l'hypothèque qui grève le sol; les accessoires s'identifiant avec le sol sont nécessairement compris dans l'hypothèque qui grève le sol (nºs 203).

445. 2º « Les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie établis sur les immeubles pendant la durée de ces droits » (art. 45, 2º). Ces droits sont immobiliers, ils sont aliénables; ils peuvent donc être hypothéqués. En quel sens l'usufruitier, l'emphytéote et le superficiaire ont-ils le droit d'hypothéquer? Ils n'hypothèquent pas les immeubles grevés du droit réel immobilier, car ces immeubles ne leur appartiennent pas; ils appartiennent au nu propriétaire ou à celui qui a donné un fonds à emphytéose, ou qui l'a grevé de superficie, et c'est le propriétaire seul qui peut hypothéquer l'immeuble. Ceux qui ont un démembrement de la propriété peuvent hypothéquer le droit immobilier qui leur appartient (nºs 209-214). Mais cette hypothèque diffère grandement de celle qui frappe l'immeuble; celle-ci est perpétuelle comme le droit de propriété; tandis que les droits réels immobiliers qui démembrent la propriété sont temporaires, partant ils ne peuvent être grevés que d'une hypothèque temporaire; quand les droits cessent, l'hypothèque s'éteint également (nº 212).

446. Il y a d'autres droits réels immobiliers que ceux que l'article 45 déclare susceptibles d'hypothèque : ces droits ne peuvent pas être hypothéqués, parce qu'ils ne sont pas compris dans le texte de l'article 45 (1). Tels sont les droits d'usage et d'habi-

(1) Voyez, ci-dessus, nº 445.

tation; si la loi ne les comprend pas parmi les biens qui seuls sont susceptibles d'hypothèque, c'est qu'ils sont inaliénables, et par conséquent, l'hypothèque ne procurerait aucune utilité au créancier. Les servitudes réelles ne peuvent être hypothéquées, parce que ce sont des qualités du fonds qui n'en peuvent être détachées ni vendues séparément du fonds; l'hypothèque frappe le fonds avec toutes ses qualités, il ne peut pas frapper les qualités sans le fonds (n° 213).

D'après la loi belge, les hypothèques sont aussi un droit réel immobilier, elles ne peuvent cependant pas être hypothéquées. Dans l'ancien droit, l'hypothèque pouvait être grevée d'une nouvelle hypothèque, voici en quel sens : le second créancier hypothécaire exerçait en sous-ordre les droits attribués au premier. Cette collocation en sous-ordre n'est pas admise par nos lois de procédure; dès lors l'hypothèque de l'hypothèque devenait impossible (n° 218).

Enfin, les actions immobilières ne sont pas susceptibles d'hypothèque, puisque l'article 45 ne les mentionne pas. Ces actions ne présentent pas l'avantage des immeubles qu'ils tendent à mettre dans la main de celui qui les a, quoiqu'on dise que celui qui a une action est censé avoir la chose même. En droit, cela est vrai; mais, en fait, cela n'est pas; il faut régulièrement un procès pour obtenir la chose, et l'hypothèque d'un droit litigieux ne serait guère avantageuse. De plus, elle serait inutile. Car celui qui a une action en nullité, en rescision ou en résolution concernant un immeuble, peut hypothéquer directement l'immeuble : la validité de l'hypothèque dépendra de l'issue du procès (n°219).

§ III. *Effet de l'hypothèque sur les droits du propriétaire.*

Sommaire.

447. L'hypothèque démembre la propriété à l'égard de tous.
448. Le débiteur n'a plus le droit d'abuser. *Quid* s'il abuse?
449. Le droit de jouissance du débiteur est limité dans l'intérêt du créancier. Application du principe à la jouissance des bois.
450 Le débiteur ne peut pas faire de bail excédant neuf années.

447. La propriété est un droit absolu, le propriétaire peut disposer et jouir de la chose comme il l'entend et d'après son

bon plaisir (art. 544). Ce pouvoir absolu est limité par la concession d'une hypothèque. Le propriétaire qui affecte l'immeuble à l'acquittement d'une obligation ne peut rien faire qui diminue cette garantie. Entre le débiteur et le créancier, cela est d'évidence, puisque c'est un effet de la convention (art. 79); mais l'hypothèque est aussi une garantie réelle; la propriété n'est pas seulement limitée à l'égard du débiteur, elle l'est à l'égard de tout détenteur de l'immeuble; sans ce caractère de réalité, l'hypothèque serait inefficace; le tiers détenteur n'a qu'une propriété limitée par les droits du créancier, il ne peut rien faire qui altère le droit de celui-ci (art. 103). Ainsi, la propriété est démembrée à l'égard de tous; en ce sens le créancier hypothécaire a un droit réel immobilier (n° 221).

448. Le propriétaire a le droit de modifier la chose, de la détruire même; c'est ce qu'on appelle le *droit d'abuser*. Tout fait d'abus anéantit ou diminue la garantie que l'hypothèque est destinée à offrir au créancier, puisque la valeur de la chose en sera d'autant moindre, et c'est sur cette valeur que repose la sûreté que le créancier trouve dans l'hypothèque. En abusant, le débiteur fait donc ce qu'il n'a pas le droit de faire; par suite, le créancier peut demander le remboursement de sa créance (art. 79). Nous reviendrons sur ce point. Le créancier peut même s'opposer par les voies judiciaires à ce que le débiteur fasse les dégradations qu'il n'a pas le droit de faire (n° 224).

449. Le débiteur conserve le droit de jouir, puisqu'il reste propriétaire, mais il ne peut faire aucun acte de jouissance qui nuise au créancier hypothécaire; son droit de jouir est donc limité par le droit du créancier. Ainsi, il ne pourrait pas défricher un bois, quand même le défrichement serait un acte de jouissance d'un bon père de famille, mais le déboisement causerait un grave préjudice au créancier en lui enlevant la valeur de la surface, donc le débiteur n'a pas le droit de le faire (n° 227).

La loi applique ce principe à la jouissance des bois. Elle permet au débiteur de faire des coupes ordinaires de futaie et de taillis, d'après l'usage des lieux; le débiteur ne lèse pas les droits du créancier, puisqu'il ne diminue pas la valeur du fonds. Mais il ne peut pas abattre une haute futaie, ni même faire une coupe extraordinaire de futaie ou de taillis, parce que ce serait dégrader

la chose hypothéquée. La loi ajoute que le débiteur doit faire les coupes de bonne foi; s'il agit de mauvaise foi, il y a lieu à l'action paulienne. Enfin, la loi donne encore une garantie aux créanciers hypothécaires : ils peuvent exercer leur droit sur le prix non payé des coupes, par le fait d'une subrogation réelle que la loi crée dans leur intérêt, mais, il faut le dire, au préjudice des créanciers chirographaires (nos 229-230).

450. On applique le même principe aux actes d'administration. La loi prévoit le plus usuel de ces actes, le bail. Le débiteur peut donner à bail, puisque c'est un moyen de jouir de sa chose, et le bail, loin de nuire aux créanciers hypothécaires, leur est profitable, puisqu'un preneur soigneux conservera la chose en bon état. Mais il faut pour cela que le bail ne dépasse pas la durée ordinaire de neuf ans; s'il excède ce terme, il nuit aux créanciers, puisqu'un long bail entrave la vente. Même un bail ordinaire de neuf ans peut nuire aux créanciers s'il est fait en fraude de leurs droits; ils ont, dans ce cas, l'action paulienne pour le faire annuler.

Le bail de plus de neuf ans n'est pas nul; il est seulement réduit au terme de neuf ans dans lequel le preneur se trouvera lors de l'action des créanciers hypothécaires. C'est uniquement dans l'intérêt des créanciers que la loi limite le droit d'administration du débiteur; or, les créanciers ne sont pas intéressés à faire annuler le bail, leurs droits sont sauvegardés par la réduction. Le bail serait réduit, quand même il aurait été transcrit : l'article 1er de la loi est étranger à la disposition de l'article 45. Dans l'article 1er, il est question de baux consentis par un propriétaire dont les biens sont libres, dans le but d'avertir les tiers qui traiteront avec lui; tandis que l'article 45 suppose que les biens sont hypothéqués, c'est-à-dire démembrés, d'où suit que le propriétaire ne peut plus faire de bail qui nuise aux créanciers hypothécaires; or, la publicité n'empêcherait pas les baux d'être préjudiciables (nos 235-237).

SECTION II. — Des hypothèques légales.

§ I. *Notions générales.*

Sommaire.

451. L'hypothèque légale est une garantie que la loi accorde à des incapables qui ne peuvent pas veiller eux-mêmes à la conservation de leurs droits : la loi, qui doit veiller aux intérêts des incapables, intervient en leur faveur, pour leur donner une hypothèque qu'ils sont dans l'impossibilité de stipuler (n° 243).

La loi accorde d'abord une hypothèque à la femme mariée sur les biens de son mari pour la garantie des droits et créances qu'elle a contre lui. Ces droits peuvent naître pendant le mariage ou avant le mariage. Après son mariage, la femme est frappée d'incapacité; cette incapacité n'est pas absolue, la femme peut faire tous les actes juridiques qui l'intéressent avec autorisation du mari ou de justice; mais elle est dans l'impossibilité morale de demander l'autorisation du mari pour stipuler une hypothèque contre lui, et il lui est tout aussi impossible de s'adresser à la justice, car ce serait jeter le trouble et la désunion dans la famille. Ainsi, la véritable incapacité de la femme n'est pas l'incapacité légale, c'est l'incapacité morale qui résulte de ce que l'hypothèque est une mesure de défiance contre le mari. Cette incapacité existe déjà avant le mariage, au moment où les futurs époux font leurs conventions matrimoniales. Légalement, la femme est aussi capable que l'homme, mais, ignorante et confiante, elle ne peut pas songer à stipuler des garanties contre l'homme qu'elle aime et à qui elle livre toute sa destinée. La loi a donc dû intervenir en sa faveur en lui accordant de plein droit une hypothèque (n° 244).

La loi donne, en second lieu, une hypothèque aux mineurs et

interdits sur les biens de leur tuteur, pour la garantie des droits et créances qu'ils ont contre lui du chef de la tutelle : de même aux personnes placées dans des établissements d'aliénés, sur les biens de leur administrateur provisoire, qui leur tient lieu de tuteur. Les mineurs sont incapables par nature, les aliénés par suite de la maladie qui les prive de l'usage de la raison. Pour que les aliénés aient une hypothèque légale, il faut qu'ils soient interdits, et par suite frappés d'incapacité par le jugement qui prononce l'interdiction, ou qu'ils soient colloqués dans un hospice ou une maison de santé; la loi du 18 juin 1850 confie, dans ce cas, la gestion de leurs intérêts à un administrateur provisoire, qui remplit les fonctions de tuteur tant que la collocation dure (n°s 245-246).

Enfin l'État, les provinces, les communes et les établissements publics, tels qu'hospices, bureaux de bienfaisance, ont une hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables. Cette hypothèque est accordée à des personnes civiles, êtres fictifs qui n'ont d'autres droits que ceux que la loi leur accorde et qui leur sont nécessaires pour remplir le service dont ils sont chargés. La loi ne donne pas une hypothèque à toutes les personnes civiles; elle ne l'accorde qu'à celles qui sont établies dans un intérêt général, tel que la charité ou l'administration publique. Ces personnes ont un patrimoine, leurs deniers sont des deniers publics; la loi frappe les receveurs et les administrateurs de ce patrimoine d'une hypothèque, pour donner une garantie aux intérêts généraux que les personnes civiles ont mission de gérer (n° 247).

On peut encore comprendre parmi les hypothèques légales les priviléges qui dégénèrent en hypothèque quand une condition prescrite pour la conservation du privilége n'a pas été remplie. Le privilége est une hypothèque privilégiée établie par la loi; quand le créancier est déchu du privilége, il lui reste une hypothèque qui a sa source dans la loi, donc une hypothèque légale. Quand le créancier perd-il son privilége en conservant une hypothèque? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Priviléges* (1) (n° 249).

452. Les hypothèques légales sont de droit étroit. Il résulte de la notion même de l'hypothèque légale que le législateur seul

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 425, 426, 429.

peut l'établir, parce que lui seul peut accorder un droit de préférence à certains créanciers à raison de la faveur qu'ils méritent. Par le même motif, les hypothèques établies par la loi sont de stricte interprétation ; car les étendre, même par voie d'analogie, ce serait créer des droits de préférence. Le principe est donc : pas d'hypothèque légale sans un texte qui l'établisse (n° 248).

453. L'hypothèque légale était considérée autrefois comme un droit civil, dans le sens strict de ce mot; de sorte que les femmes et les mineurs étrangers ne jouissaient pas de l'hypothèque légale. Notre loi est revenue aux vrais principes que nous avons exposés au titre de la *Jouissance des droits civils* (1), elle accorde l'hypothèque aux mineurs et aux femmes à raison de leur incapacité, donc aux étrangers. Il va sans dire que les étrangers doivent se soumettre à la loi belge en ce qui concerne la spécialité et la publicité des hypothèques (n° 252).

454. Sous ce rapport, la loi belge a apporté une grave dérogation au code civil. L'hypothèque des mineurs, des interdits et des femmes mariées n'était pas soumise aux principes de spécialité et de publicité, qui sont les deux bases de notre régime hypothécaire. Ces hypothèques étaient générales, en ce sens qu'elles ne devaient pas être spécialisées, elles grevaient tous les biens du débiteur présents et à venir. Ces hypothèques étaient encore clandestines ; la loi prescrivait, à la vérité, des mesures pour arriver à l'inscription des hypothèques légales, mais alors même qu'elles n'auraient pas été inscrites, elles produisaient tous leurs effets contre les tiers.

C'était une exception au principe de publicité que le code Napoléon établissait en matière d'hypothèques. Au premier abord l'exception paraît très-plausible. Pourquoi la loi accorde-t-elle une hypothèque aux incapables? Parce qu'ils sont dans l'impossibilité morale de veiller eux-mêmes à leurs intérêts. Or, l'incapacité qui les empêche de stipuler une hypothèque les empêcherait aussi de la faire spécialiser et inscrire. Donc, si la loi veut leur assurer une protection efficace, elle doit dispenser de la spécialité et de la publicité l'hypothèque qu'elle leur accorde. Tels sont les motifs que Napoléon a fait valoir au conseil d'État, et qui entraînèrent la majorité (n° 255).

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 178, n° 72.

Le législateur belge s'est placé au point de vue de l'intérêt général, qui domine celui des incapables. Dès que l'on admet une exception à la publicité des hypothèques, il n'y a plus de publicité. En effet, la publicité est établie pour donner aux tiers une connaissance exacte de la situation hypothécaire de leur débiteur; s'il y a des hypothèques dispensées d'inscription, la publicité, au lieu d'être une garantie, sera un leurre. Le tiers acquéreur, le tiers créancier croiront leurs intérêts sauvegardés quand ils auront vu qu'il n'y a pas d'inscription sur les biens de leur débiteur; et alors il viendra un mineur ou une femme mariée qui les évincera en vertu de son hypothèque occulte. Si l'on veut que la publicité soit efficace, il faut qu'elle soit complète, sans exception aucune.

Ce n'est pas à dire que la loi ne doive pas veiller aux intérêts des incapables, tout en soumettant à la spécialité et à la publicité l'hypothèque qu'elle leur accorde. Nous allons dire quelles sont les mesures que la loi belge prescrit pour rendre publiques les hypothèques des femmes mariées, des mineurs et des aliénés : cette législation finira par entrer dans nos mœurs, et alors les divers intérêts seront conciliés. Il y a maintenant un assez grand nombre d'hypothèques légales qui ne sont pas inscrites, et il pourra toujours y en avoir : ces hypothèques seront inefficaces; l'intérêt des incapables en pourra souffrir, mais l'intérêt général sera sauvegardé; or, la société ne peut exister que par la subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général (nº 256).

455. Les hypothèques légales devant être rendues publiques, sont soumises par cela même au principe de spécialité, car la publicité consiste à apprendre aux tiers quels sont les biens grevés d'hypothèques, et quel est le montant des charges. Ces hypothèques doivent être spécialisées avant qu'elles puissent être inscrites. En ce sens, elles sont spéciales. Mais la loi dit aussi qu'elles sont générales, car, d'après l'article 47, elles portent sur *les biens* du mari, du tuteur et de l'administrateur provisoire, donc sur *tous ses biens*. En effet, inscription peut, à la rigueur, être prise sur tous les biens du débiteur, présents et à venir. Comment concilier la *généralité* de l'hypothèque légale avec la *spécialité?* La loi veut que l'hypothèque légale soit spécialisée, en ce sens que la garantie hypothécaire soit en rapport avec le

montant de la créance, au payement de laquelle elle est affectée. Si l'inscription est excessive, la loi permet au débiteur de la faire réduire. Tel est l'objet de la spécialisation; il n'y a d'hypothèque légale que dans les limites de la nécessité; si ces limites sont dépassées, la loi ouvre une action en réduction. Mais si le montant de la créance exige que tous les biens du débiteur soient hypothéqués, le créancier pourra prendre inscription sur les biens présents et même sur les biens à venir du débiteur, à mesure qu'il les acquerra (nº 257).

456. L'hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics était soumise à la publicité par le code civil; les personnes civiles publiques ont leurs agents qui peuvent et doivent veiller à ce que l'inscription soit prise. L'inscription doit être spéciale, comme toute inscription. Mais l'hypothèque n'est pas soumise au principe de spécialisation, tel que nous venons de le définir (1). Ainsi, l'État peut prendre inscription sur tous les biens du comptable; quand même ces biens dépasseraient de beaucoup le montant de la créance, le débiteur ne pourra pas demander la réduction de l'inscription. Il n'y a pas d'inscription excessive quand il s'agit des intérêts publics; les droits publics sont les droits de tous; si l'État est en perte, tous perdent. Mieux vaut donc que la garantie soit excessive qu'insuffisante. Tel est le droit. En fait, l'État se bornera à prendre inscription sur les biens qui offrent une garantie évidemment suffisante (nº 258).

§ II. *De l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des aliénés.*

Nº 1. SPÉCIALISATION ET INSCRIPTION.

Sommaire.

457. Qui est soumis à l'hypothèque légale du chef des mineurs et interdits?
458. Quelles sont les créances garanties par l'hypothèque légale?
459. Quels biens sont grevés de l'hypothèque légale?
460. C'est le conseil de famille qui spécialise l'hypothèque.
461. D'après quelles bases fixe-t-il la somme pour laquelle inscription sera prise?
462. De la spécialisation des immeubles.

(1) Voyez, ci-dessus, nº 455.

457. Les mineurs et interdits ont une hypothèque légale sur les biens de leur tuteur (art. 47). Tout tuteur est donc soumis à l'hypothèque, mais tout administrateur ne l'est pas, quand même l'administration intéresserait des mineurs ou des interdits; il faut que l'administration soit une tutelle. Tel est le principe : c'est une conséquence du caractère de l'hypothèque légale, qui est de droit étroit et de stricte interprétation (1) (n° 262).

Il suit de là que le cotuteur est frappé de l'hypothèque légale (art. 396), car il est tuteur et il administre les biens des mineurs (n° 264). Mais le subrogé tuteur n'y est pas soumis, car il n'est pas tuteur et il n'administre pas les biens du mineur ; le subrogé tuteur surveille le tuteur, et il intervient quand les intérêts du tuteur sont en conflit avec ceux du mineur; ce n'est pas là une tutelle, et sans tutelle il ne saurait y avoir d'hypothèque légale (n° 269). Il y a une administration qui a une grande analogie avec la gestion du tuteur, c'est celle du père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs pendant la durée du mariage; mais il n'est pas tuteur, donc il n'est pas soumis à l'hypothèque légale. La loi hypothécaire a étendu le principe de l'hypothèque à l'administrateur provisoire des personnes colloquées dans les établissements d'aliénés, parce que cet administrateur tient lieu de tuteur (n° 271).

458. La loi donne une hypothèque aux mineurs et interdits pour la garantie des *droits* et *créances* qu'ils ont contre leur tuteur (art. 47). Les mots *mineurs* et *tuteurs* déterminent et limitent la nature des créances à raison desquelles l'hypothèque légale est établie : il faut que le mineur soit créancier à titre de pupille, et que le tuteur soit débiteur à raison de la tutelle qu'il gère. Telle est l'action du mineur en payement du reliquat, ou en remboursement des sommes que le tuteur a touchées pour le mineur, et qu'il n'a pas comprises dans les recettes.

Le tuteur doit administrer les biens du mineur en bon père de

(1) Voyez, ci dessus, n° 452.

famille, et il répond des dommages-intérêts qui résultent d'une mauvaise gestion (art. 450). Cette action en responsabilité est garantie par l'hypothèque légale, quand même le tuteur aurait agi dans les limites de son pouvoir d'administration, ou qu'il aurait agi avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ; dès que le tuteur est en faute, et qu'il en résulte un dommage pour le mineur, il y a lieu à responsabilité, et, par suite, à hypothèque légale. Lorsque le tuteur agit illégalement, par exemple, en vendant, sans y être autorisé, un bien du mineur, celui-ci a deux actions, une action en nullité, et une action en dommages-intérêts, garantie par l'hypothèque que la loi lui donne. L'action en nullité s'intente contre les tiers ; si, malgré l'annulation de l'acte, le mineur souffrait un préjudice, il aurait une action contre son tuteur, garantie par l'hypothèque légale ; car le préjudice résulte d'une faute que le tuteur a commise dans sa gestion (n° 272).

459. L'hypothèque légale des mineurs et interdits grève tous les biens du tuteur, présents et à venir (1), mais elle doit être spécialisée par le conseil de famille avant d'être inscrite. L'intervention du conseil de famille ne change pas la nature de l'hypothèque ; ce n'est pas lui qui la *prend,* comme on dit parfois, ni qui la *constitue;* toute hypothèque légale est établie par la loi, elle existe donc au moment où elle est spécialisée. La spécialisation se fait dans l'intérêt des tiers, afin qu'ils connaissent d'une manière exacte les charges qui grèvent les biens du tuteur, et dans l'intérêt du créancier, afin de lui assurer le crédit qu'il peut avoir, à raison des biens non grevés. En la prescrivant, la loi n'a pas entendu déroger à la nature de l'hypothèque légale, telle qu'elle existait sous l'empire du code ; elle a, au contraire, maintenu la définition que le code en donnait : l'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi (art. 47 ; code civ. 2117). On ne peut pas même dire que la spécialisation soit conventionnelle ; c'est le conseil de famille qui la fait ; le tuteur doit, à la vérité, être présent, mais la loi ne dit pas qu'il doit consentir (nos 279-280).

460. Le conseil de famille est appelé à spécialiser l'hypothèque légale des mineurs et interdits. Dans le système du code

(1) Voyez, ci-dessus, n° 455.

civil, le conseil de famille intervient régulièrement pour garantir les intérêts du mineur; il autorise les actes les plus importants que le tuteur a mission de faire; il exerce une surveillance sur sa gestion; il était naturel de lui confier aussi le soin de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs, puisque l'hypothèque non spécialisée ne peut être inscrite, et partant reste inefficace. Nous dirons plus loin que le tribunal intervient aussi en cette matière; c'est une garantie précieuse, car les conseils de famille sont généralement peu soigneux, et les juges de paix qui les président ne comprennent pas toujours la gravité de leur devoir.

Le conseil de famille procède à la spécialisation lors de la nomination du tuteur quand la tutelle est dative, et avant l'entrée en exercice de toute autre tutelle, quand elle est légale ou testamentaire (art. 49). Il importe que l'hypothèque légale soit spécialisée et inscrite avant que le tuteur entre en gestion, car dès qu'il gère il peut compromettre les intérêts du pupille.

461. Spécialiser l'hypothèque, c'est déterminer le montant de la créance pour la sûreté de laquelle elle est établie, et les biens qui en sont grevés (n° 299).

Nous dirons plus loin comment doit se faire cette double spécialisation (art. 78 et 80). Il est très-difficile de déterminer le montant des créances que le mineur pourra avoir contre son tuteur, puisque la spécialisation doit se faire à un moment où il n'y a pas encore de gestion tutélaire. L'article 49 porte que le conseil de famille aura égard à la fortune des mineurs, en fixant la somme pour laquelle inscription sera prise. La garantie hypothécaire doit naturellement être proportionnée à la fortune de l'incapable. L'article 49 ajoute que le conseil prendra en considération la nature des valeurs dont la fortune du mineur se compose, c'est-à-dire que la somme que le conseil fixera variera selon que la fortune du mineur est mobilière ou immobilière. Si sa fortune consiste en immeubles, le capital ne pourra pas être dissipé, car le tuteur ne peut vendre qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et l'homologation du tribunal; et s'il vend sans l'observation de ces formalités, la vente est nulle. Il en est autrement des effets mobiliers; dans l'opinion générale, le tuteur en peut disposer, et quand même on admettrait que le tuteur n'a pas le droit de disposition, les tiers possesseurs de bonne foi seraient à

l'abri de l'action en revendication, au moins pour les meubles corporels; de plus le tuteur, si on le suppose de mauvaise foi, pourra facilement divertir et dilapider les valeurs mobilières. La garantie hypothécaire du mineur doit donc être plus forte, quand sa fortune est mobilière; pour les immeubles, le seul préjudice que le tuteur puisse causer au mineur consiste dans une mauvaise gestion, tandis qu'il peut compromettre la fortune même du mineur, si elle se compose d'effets mobiliers (n°s 298-299).

Enfin la loi veut que le conseil ait égard aux éventualités de la responsabilité du tuteur. C'est un droit essentiellement éventuel, en théorie; et, en fait, les actions du mineur contre le tuteur, du chef de mauvaise gestion, sont très-rares. La loi permet donc de grever les biens du tuteur d'inscriptions pour assurer le payement de créances qui peut-être n'existeront jamais. C'est un mal, puisque ces inscriptions diminuent le crédit du tuteur, mais c'est un mal inévitable. L'application de la loi pourra diminuer l'inconvénient si elle se fait avec circonspection. Il ne faut pas que le conseil de famille prévoie tous les cas possibles de responsabilité. Le conseil se déterminera d'après les probabilités; cela est très-vague, mais le vague est dans la nature des choses, à moins de prendre inscription pour la valeur intégrale des biens du mineur, et c'est ce que la loi n'a pas voulu (n° 301).

462. Après avoir fixé la somme pour laquelle il sera pris inscription, le conseil désigne les immeubles sur lesquels l'inscription sera requise. La valeur des immeubles doit être en rapport avec le montant des créances du mineur; le conseil devra prendre en considération les chances possibles de dépréciation, et les frais d'expropriation qui diminuent toujours le gage du créancier hypothécaire (n° 302).

463. La délibération du conseil de famille doit être motivée (art. 50). C'est une exception au droit commun. Le législateur a voulu forcer les conseils de famille à ne se déterminer qu'après mûr examen, et en pleine connaissance de cause. Les conseils sont d'ordinaire trop indulgents, ils pourraient aussi être trop sévères; la nécessité de motiver leurs délibérations est un frein et une garantie (n° 286).

Le tuteur doit être entendu ou appelé (art. 50). Sa présence est nécessaire, parce qu'il a intérêt à ce que l'on ne prenne pas

inscription sur ses biens pour des sommes excessives et sur plus de biens qu'il n'en faut pour donner une sûreté suffisante au mineur (n° 288).

464. L'article 51 donne aux parties intéressées le droit de former opposition contre la délibération du conseil de famille qui a spécialisé l'hypothèque. Il est de principe que toute délibération des conseils de famille peut être attaquée par la voie de l'opposition (C. de pr., art. 883). L'opposition n'est pas un appel, car les délibérations des conseils de famille ne sont pas des jugements; quand le tribunal a statué sur l'opposition, il y a lieu à appel contre sa décision. L'article 51 indique les motifs pour lesquels on peut former opposition, c'est l'insuffisance ou l'excès des garanties hypothécaires. Le tuteur peut former opposition quand l'hypothèque, telle que le conseil l'a spécialisée, est excessive; les membres du conseil peuvent le faire, soit pour cause d'excès, soit pour cause d'insuffisance (n° 290).

Le tribunal statue contradictoirement avec le ministère public. Cela veut dire que le ministère public est partie en cause, tandis que d'ordinaire il n'est que partie jointe, en matière civile. La raison en est que la spécialisation de l'hypothèque du mineur est d'intérêt général, en ce qui concerne les tiers; et, d'un autre côté, l'intérêt des incapables se trouve en conflit avec celui des tiers créanciers ou acquéreurs; voilà pourquoi la loi veut que le ministère public intervienne (n° 296).

465. L'hypothèque légale doit être spécialisée pour qu'elle puisse être inscrite (art. 49). Il est impossible de remplir les formalités les plus essentielles de l'inscription, tant que l'hypothèque n'a pas été spécialisée, quant à la créance et quant aux immeubles. Mais la spécialisation n'est qu'un préliminaire, pour que l'hypothèque soit efficace, il ne suffit point que l'hypothèque soit spécialisée; il faut encore qu'elle soit rendue publique par la voie de l'inscription (n° 303).

C'est le tuteur que la loi charge d'abord de prendre inscription; il est vrai qu'il est débiteur, et comme tel intéressé à ce que ses biens ne soient pas grevés; mais il est aussi représentant légal du créancier, et il est chargé de veiller à ses intérêts; or l'hypothèque de l'incapable est inefficace, tant qu'elle n'est pas inscrite. Si le tuteur, sacrifiant son devoir à son intérêt, s'ingère dans la

gestion, avant que cette formalité ait été remplie, le conseil de famille pourra lui retirer la tutelle (n° 304).

Le subrogé tuteur est tenu, sous sa responsabilité personnelle, à ce que l'inscription soit prise, ou il doit la prendre lui-même. C'est l'application du principe en vertu duquel le subrogé tuteur doit agir pour sauvegarder les intérêts du mineur, quand ces intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (n° 305).

Enfin le conseil de famille peut spécialement commettre l'un de ses membres, ou toute autre personne pour requérir l'inscription (art. 53). C'est un mandat que le conseil donne et, par suite, le mandataire est responsable d'après le droit commun (n° 306).

466. La loi impose aux greffiers des justices de paix une obligation dans le but d'assurer l'exécution de la loi : « Ils ne peuvent, sous peine de responsabilité personnelle et de destitution, s'il y a lieu, délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille, avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise contre le tuteur » (art. 54). S'il y a des actes de tutelle pour lesquels l'autorisation du conseil est requise, ils ne pourront pas se faire tant que l'hypothèque légale n'aura pas été inscrite; car le greffier refusera de délivrer expédition des délibérations, et s'il le faisait malgré la prohibition de la loi, il serait responsable (n° 307).

N° 2. DES DÉLIBÉRATIONS QUE LE CONSEIL DE FAMILLE PEUT PRENDRE.

Sommaire.

467. Le conseil peut-il renoncer à l'hypothèque? Peut-il décider qu'aucune inscription ne sera prise?
468. *Quid* si l'inscription devient insuffisante?
469. *Quid* si l'inscription devient excessive?

467. « Le conseil de famille pourra, d'après les circonstances, déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur » (art. 49). Il ne faut pas confondre cette déclaration avec la renonciation que ferait le conseil à l'hypothèque légale du mineur. La renonciation serait nulle. En effet, l'hypothèque légale des incapables est d'ordre public en ce sens que c'est une garantie que la loi lui accorde à raison de leur incapacité: or les particuliers ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre

public (art. 6); il n'est surtout pas permis au conseil de famille, chargé de veiller aux intérêts des mineurs, de renoncer à la garantie que la loi leur accorde. Mais la loi lui permet de décider que provisoirement il ne sera pris aucune inscription. Cette délibération laisse subsister l'hypothèque : l'article 49 dit que la déclaration du conseil n'aura d'effet que jusqu'à révocation (n° 309).

Quand y a-t-il lieu à ne pas prendre inscription? La loi répond : D'après les circonstances. Cela est très-vague. On a donné comme exemple le cas où le tuteur présenterait une garantie morale par sa position et son honorabilité. Cela n'est pas exact, la loi veut une garantie réelle. On a dit encore qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription lorsque la fortune du mineur est modique. Cela ne suffit pas, nous semble-t-il. L'intérêt qui est modique pour le riche est considérable pour le pauvre; il faudrait que l'intérêt du mineur fût si minime, que les frais auxquels l'inscription donne lieu fussent frustratoires (n° 310).

468. « Dans le cas où les garanties données aux mineurs seraient devenues insuffisantes, le conseil de famille pourra exiger ou une augmentation de la somme que devait garantir l'hypothèque, ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles » (art. 58). L'inscription primitive deviendra insuffisante si la fortune du mineur augmente par des successions. Il peut y avoir insuffisance, bien que la fortune du mineur reste la même : si, lors de la spécialisation, le conseil n'a pas une connaissance exacte des biens qui appartiennent au mineur, l'appréciation qu'il en fera sera donc nécessairement erronée. Dès que le chiffre de la fortune sera constaté, le devoir du conseil sera d'augmenter, s'il y a lieu, la somme pour laquelle inscription doit être prise, et, par suite, de prendre une inscription supplémentaire, soit sur les biens déjà grevés, soit sur de nouveaux biens. Il se peut que le tuteur n'ait point de biens suffisants; on procède alors, comme nous l'avons dit au titre de la *Tutelle*, où les dispositions nouvelles de loi hypothécaire sont expliquées (1) (n°s 313-314).

469. « Si les garanties fournies par le tuteur deviennent *évidemment excessives* pendant le cours de la tutelle, le conseil pourra restreindre les sûretés primitivement exigées » (art. 60).

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 595, n° 588, et p. 595, n°s 592 et 595.

Tel est le cas où la fortune du mineur se trouve moindre qu'on ne l'avait cru. Dans ce cas, la garantie a été excessive dès le principe. Elle peut devenir excessive, si la fortune mobilière est convertie en immeubles. La somme pour laquelle inscription a été prise, doit alors être réduite, et, s'il y a lieu, l'inscription prise sur les biens du tuteur doit être restreinte.

La loi prescrit des conditions plus rigoureuses pour la réduction des garanties que pour leur augmentation; il s'agit d'enlever au mineur des sûretés dont il jouissait; cela ne doit se faire que lorsque l'inscription est ou devient *évidemment* excessive. Il faut, en second lieu, que le subrogé tuteur soit entendu : c'est le droit commun, puisque les intérêts du tuteur qui demande la réduction sont en opposition avec ceux du mineur. En troisième lieu, la délibération doit être motivée : c'est le droit commun en matière d'hypothèque légale du mineur (1). Enfin la délibération du conseil doit être homologuée par le tribunal (art. 60). C'est une exception au droit commun; le législateur se défie des délibérations des parents, qui trop souvent négligent les intérêts des mineurs pour rester dans de bons termes avec le tuteur (n° 315).

N° 3. DE L'ÉTAT DES TUTELLES ET DE LA SURVEILLANCE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE.

Sommaire.

470. De l'état des tutelles.
471. Envoi de l'état au procureur du roi.
472. Sanction des obligations imposées aux greffiers des justices de paix.
473. Contrôle du tribunal. Quelle est l'étendue de ses pouvoirs?

470. L'article 63 porte : « Il sera tenu au greffe de chaque justice de paix, sous la surveillance du juge et la responsabilité personnelle du greffier, un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton. » Cet état est envoyé chaque année au procureur du roi, et il sert de base à la surveillance que la loi charge l'autorité judiciaire d'exercer en cette matière. La responsabilité pèse sur le greffier; la loi ne dit pas envers qui il est responsable; ce ne peut être qu'à l'égard du mineur, dans l'intérêt duquel la loi fait intervenir la justice (n°s 321 et 322).

L'état doit contenir « la date de l'ouverture des tutelles, les

(1) Voyez, ci-dessus, n° 463.

noms, prénoms et demeures des mineurs et interdits, tuteurs et subrogés tuteurs ; la date et le résumé des délibérations des conseils de famille relatives à l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, la date des inscriptions qui auront été prises ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis ». Une circulaire du 11 mars 1852 a complété la loi en ordonnant aux greffiers de communiquer, dans le courant du dernier mois de chaque trimestre, leur état des tutelles aux conservateurs des hypothèques dans l'arrondissement desquels sont situés les immeubles affectés à la garantie des mineurs ; les conservateurs y indiqueront les dates des inscriptions qui auront été prises (n° 323).

471. « Chaque année, dans le courant de décembre, le greffier adressera, sous sa responsabilité, au procureur du roi de son arrondissement, copie entière de cet état, pour les tutelles ouvertes dans l'année, et pour les autres, la simple indication des changements survenus dans l'année courante, relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que l'absence ou l'insuffisance des immeubles auront nécessités. » Sur ce dernier point nous renvoyons au titre de la *Tutelle* (1) (n° 324).

472. La loi contient une sanction des obligations qu'elle impose aux greffiers. « S'ils y contreviennent, ils seront, indépendamment des peines disciplinaires, punis d'une amende qui n'excédera pas cent francs. Elle pourra être portée au double, en cas de récidive. Ces peines sont appliquées par les tribunaux civils » (n° 325).

473. Dans le mois de janvier qui suit l'envoi de l'état au procureur du roi, celui-ci doit le soumettre au tribunal. Un juge est chargé de faire un rapport en chambre du conseil. Puis le tribunal *statue ce que de droit*, tant d'office que sur la réquisition du ministère public. Expédition de la décision sera, s'il y a lieu, en tout ou en partie, transmise aux juges de paix qu'elle concerne (art. 63).

Comment faut-il entendre ces mots, que le tribunal *statue ce que de droit?* Il y a un premier point qui est certain, c'est que le tribunal ne peut pas prendre de dispositions générales et réglementaires applicables à toutes les justices de paix de son ressort;

(1) Voyez, ci-dessus, p. 309, note 1

l'article 5 s'y oppose, et la loi hypothécaire n'a pas entendu déroger à un principe qui est d'ordre public, puisqu'il tend à maintenir la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif; le texte même de l'article 63 est conçu en ce sens; il dit que le tribunal porte des *décisions*, et non des règlements (n° 328).

Quelles sont les décisions que le tribunal peut prendre? La loi dit qu'il statue *ce que de droit;* mais qu'est-ce qui est de *droit?* Qu'est-ce que le tribunal peut faire et qu'est-ce qu'il ne peut pas faire? A notre avis, le tribunal n'exerce pas de pouvoir disciplinaire, il n'a pas le droit d'infliger un blâme aux juges de paix; la loi le charge de prendre des *décisions* dans l'intérêt du mineur. L'état des tutelles lui apprend-il que le conseil de famille n'a pas été convoqué pour délibérer sur la spécialisation de l'hypothèque légale, le tribunal pourra ordonner au juge de paix de provoquer une délibération; si le conseil a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de prendre une inscription, sans motiver cette déclaration, ou en la motivant contrairement au vœu de la loi, le tribunal chargera le juge de paix de provoquer une nouvelle réunion du conseil. Le tribunal peut donc statuer sur tout ce qui aurait dû être fait dans l'intérêt du mineur, et ce qui n'a pas été fait (n°s 329-330).

§ III. *De l'hypothèque légale de la femme mariée.*

N° 1. DES DROITS GARANTIS PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Sommaire.

474. Pour quelles créances la femme a-t-elle une hypothèque légale?
475. La femme a une hypothèque pour sa *dot*. Sous quelle condition?
476. Elle a une hypothèque pour sûreté de ses *conventions matrimoniales*.
477. Elle a une hypothèque pour ses *reprises*, même *conditionnelles* ou *éventuelles*.
478. Elle a une hypothèque pour toute cause de recours qui naît pendant le mariage.

474. L'article 47 donne à la femme mariée une hypothèque sur les biens de son mari pour ses *droits* et *créances*. Ainsi pour que la femme ait une hypothèque légale, elle doit avoir des droits et créances contre son mari, donc à titre de femme mariée, et toute action qu'elle a contre son mari est garantie par une hypothèque. Les articles 64 et 67 prévoient les causes usuelles de recours; la loi n'est pas limitative, on ne peut pas même dire qu'elle contienne une énumération : son but est uniquement de

régler la spécialisation de l'hypothèque légale. Quant aux créances auxquelles l'hypothèque légale est affectée, elles sont énoncées en termes généraux par l'article 47 : ce sont tous les droits des femmes mariées contre leurs maris, à raison du mariage (n° 333).

475. L'article 64 dit que la femme a une hypothèque légale pour sûreté de sa *dot*. Il y a dot sous tous les régimes (art. 1540). Mais il ne suffit pas que la femme apporte des biens à son mari à titre de *dot*, pour qu'elle ait une hypothèque de ce chef; il faut que la dot donne une action à la femme, car il ne saurait y avoir d'hypothèque sans créance à l'acquittement de laquelle elle est affectée (art. 41) (n° 334).

Ainsi, sous le régime de la communauté, toute la fortune mobilière de la femme, présente et future, est dotale puisqu'elle entre en communauté; par suite, le mari en a la disposition; mais la femme n'a pas d'action de ce chef contre son mari, donc elle ne peut avoir d'hypothèque. En effet, si elle renonce, elle n'a aucun droit sur le mobilier qui est entré de son chef dans la communauté (art. 1492); si elle accepte, elle prend la moitié de l'actif, tel qu'il se comporte; quand même il se trouverait plus de dettes que d'avoir, elle n'aurait aucune action contre son mari. Mais la femme peut avoir une action du chef de sa dot immobilière. Le mari a l'administration de ses biens propres et la jouissance; les immeubles sont donc dotaux quant aux fruits; or le mari doit administrer et jouir en bon père de famille; s'il gère mal, la femme a une action en dommages-intérêts contre lui (art. 1428), cette action est garantie par une hypothèque légale (n° 335).

476. La femme a encore une hypothèque légale pour sûreté de ses conventions matrimoniales (art. 64). On entend par conventions matrimoniales les conventions, expresses ou tacites, que les futurs époux arrêtent avant le mariage pour régler leurs droits sur les biens qui entrent dans l'association qu'ils forment. C'est la définition de l'article 1387; elle suppose que les époux forment une société de biens. Tel est, en effet, le régime de droit commun, la communauté légale ou conventionnelle. Les époux peuvent aussi stipuler un régime exclusif de communauté; peu importe le régime, dès que la femme a action contre le mari en vertu des conventions matrimoniales, elle a une hypothèque pour sûreté de sa créance (n° 342).

Sous le régime de communauté légale, il n'y a que des conventions tacites qui ne donnent pas action à la femme, sauf en ce qui concerne la dot immobilière. Sous le régime de communauté conventionnelle, la femme peut faire toute espèce de stipulations; dès qu'il en résulte une action contre son mari, elle a une hypothèque légale. Les plus fréquentes de ces conventions sont des avantages matrimoniaux; il faut dire de ces avantages ce que nous avons dit de la dot : pour que la femme ait une hypothèque, il faut qu'elle ait une créance. Ainsi le préciput ne lui donne, en général, aucune action contre le mari (1), et quand la femme n'a pas d'action, elle ne saurait avoir d'hypothèque (n° 343).

La femme a-t-elle une hypothèque pour ses droits conditionnels ou éventuels? Sous l'empire du code civil, la question était très-controversée. La loi belge contient une disposition sur les reprises conditionnelles ou éventuelles (art. 64, 2e alinéa), qui a donné lieu à de nouveaux doutes; nous y reviendrons. En principe, la solution ne nous paraît pas douteuse. L'article 47 donne à la femme une hypothèque pour ses *droits* et *créances*, sans distinction aucune, et l'esprit de la loi est aussi général que le texte. Il n'y a qu'une condition requise pour que la femme ait une hypothèque, c'est qu'elle ait une action (n° 344).

477. L'article 64, deuxième alinéa, dit que la femme peut également stipuler une hypothèque pour garantie de ses *reprises* de *toute nature*, même *conditionnelles* ou *éventuelles*. Qu'entend-on par *reprises?* Sous le régime de communauté légale, la loi appelle *reprises* les droits que la femme exerce, à la dissolution de la communauté, du chef de ses propres. La femme *reprend* 1° ses biens personnels ou ceux qui ont été acquis en remploi; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait remploi; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté. Quand la femme accepte, elle exerce ses *reprises* sur la masse, et, en cas d'insuffisance, sur les biens personnels du mari; c'est cette action contre le mari qui est garantie par l'hypothèque légale. Si la femme renonce, elle exerce toujours ses reprises contre le mari, avec la garantie hypothécaire (n° 350).

L'article 64 dit que la femme a une hypothèque pour ses re-

(1) Voyez le t. III de ce cours, nos 625 et 626, p. 365.

prises de *toute nature*. Cela suppose qu'il y a diverses reprises. La femme peut stipuler la reprise de son mobilier dotal; tel est l'objet des clauses de réalisation et de la communauté d'acquêts (art. 1498, 1503). Ces conventions donnent à la femme une action contre son mari, et partant une hypothèque. L'article 64 ajoute que les reprises de la femme peuvent être *conditionnelles* ou *éventuelles*. Il y en a un exemple dans la clause prévue par l'article 1514 : la femme peut stipuler qu'en cas de renonciation, elle *reprendra* tout ou partie du mobilier qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis. Cette reprise est *conditionnelle*, puisque la femme n'y a droit que *si elle renonce;* elle a une hypothèque de ce chef, puisque son action s'exerce nécessairement contre son mari. La *reprise* stipulée en vertu de l'article 1514 est aussi *éventuelle,* en tant qu'elle porte sur le mobilier qui *écherra* à la femme pendant la communauté, à titre de *succession* ou de *donation,* ces acquisitions étant essentiellement éventuelles (n° 351).

Il peut aussi y avoir des *reprises* sous les régimes exclusifs de communauté quand le mari administre les biens de la femme et qu'il en a la jouissance. La loi dit qu'il doit les restituer, à la dissolution du régime. La femme a, de ce chef, une action contre son mari; la loi ne l'appelle pas *reprise,* elle se confond avec l'action de la femme du chef de sa *dot* (n° 353).

478. L'article 67 prévoit les recours que la femme a contre son mari, en vertu d'une cause qui prend naissance pendant le mariage. Il pose en principe que *toute* cause de recours est garantie par l'hypothèque légale; c'est l'application de l'article 47 (1). Puis la loi donne des exemples : « *telles* que celles qui résultent de *donations* ou de *successions* auxquelles elle aurait été appelée ». Nous disons que ces droits prennent naissance pendant le mariage. Pour les donations, cela est d'évidence, puisque le donataire n'a pas même une espérance d'un droit avant la donation. Il en est de même des legs et donations de biens à venir. Quant aux successions *ab intestat*, l'époux a une espérance fondée sur son degré de parenté et sur la loi; mais cette espérance peut s'évanouir d'un instant à l'autre, alors même que la femme serait réservataire. On ne doit donc pas confondre les *successions* et *donations*

(1) Voyez, ci-dessus, n° 474.

qui échoient à la femme pendant le mariage, avec les droits éventuels dont parle l'article 64; une espérance n'est pas un droit, pas même éventuel. Les conventions matrimoniales déterminent, à la vérité, quels droits la femme aura sur les biens qui lui écherront, et quels seront les droits du mari ou de la communauté, mais le contrat de mariage ne peut donner aucun droit sur des donations futures ni sur des successions, à moins que les biens ne fassent l'objet d'une institution contractuelle. Le droit de la femme sur les donations et successions ne s'ouvre que pendant le mariage, au moment où la donation se parfait, ou au moment où la succession s'ouvre (n° 355).

L'article 67 donne encore comme exemple la cause de recours qui résulte de l'aliénation d'un *propre* de la femme. Il n'y a de *propres* que sous le régime de communauté, par opposition aux *acquêts* ou *conquêts*. Si un propre de la femme est aliéné, et que le prix en soit versé dans la communauté, la femme a une récompense, partant une *reprise*, lors de la dissolution de la communauté. Le droit que la femme a en vertu de l'article 67 se confond-il avec celui que l'article 64 qualifie de *reprises éventuelles?* Nous reviendrons sur cette difficulté qui concerne la spécialisation de l'hypothèque et le rang de la femme (n° 356).

Le troisième exemple que l'article 67 donne des droits qui naissent pendant le mariage concerne le recours que la femme a contre le mari du chef d'obligations par elle souscrites. Cela suppose que la femme s'oblige dans l'intérêt du mari ou de la communauté; elle est réputée, dans ce cas, s'être obligée comme caution (art. 1431); par suite, elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée, comme toute caution. C'est cette action en indemnité qui est garantie par l'hypothèque légale (n° 357).

N° 2. DES BIENS GREVÉS DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Sommaire.

479. Tous les biens du mari sont frappés de l'hypothèque légale.

480. L'hypothèque doit être spécialisée. Comment se fait la spécialisation pour la *dot*, les *conventions matrimoniales* et les *reprises?*

481. Le contrat de mariage peut-il aussi spécialiser l'hypothèque légale pour les droits qui naissent pendant le mariage?

482. L'hypothèque spécialisée en vertu de l'article 64 est-elle conventionnelle?

479. La femme a hypothèque sur les biens du mari (art. 47). Son hypothèque, comme celle du mineur, est tout ensemble générale et spéciale (1). Nous allons dire comment l'hypothèque de la femme est spécialisée et dans quels cas le mari peut demander la réduction d'une inscription excessive.

Tous les biens du mari sont grevés de l'hypothèque légale, même les biens conquêts qui entrent dans l'actif de la communauté légale; en effet, ces biens sont dans son domaine, il peut les aliéner et hypothéquer; donc ils sont aussi frappés de l'hypothèque légale (nos 364-368).

480. L'hypothèque doit être spécialisée, comme toute hypothèque, quant à la créance et quant aux biens. Comment se fait la spécialisation? Il faut distinguer si elle se fait avant le mariage ou pendant le mariage.

L'article 64 prévoit la première hypothèse. Quand les futurs époux font un contrat de mariage, ils peuvent spécialiser l'hypothèque par cet acte, et ils doivent le faire s'ils veulent que l'hypothèque ait date avant la célébration du mariage; la spécialisation ne pourrait pas se faire par un autre acte; la loi est formelle. La spécialisation est donc, dans ce cas, une convention matrimoniale, elle se fait par concours de consentement des parties contractantes; les futurs époux déterminent la somme pour laquelle inscription sera prise, et les biens qui sont affectés à la garantie de la femme (art. 65) (n° 373).

Pour quelles créances la spécialisation peut-elle se faire par contrat de mariage? L'article 64 répond : pour sûreté de la dot et des conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les droits qui naissent lors du contrat de mariage; c'est le contrat qui donne des droits à la femme, et c'est ce même contrat qui spécialise l'hypothèque. Il en est de même, d'après le second paragraphe de l'article 64, des reprises de toute nature, même conditionnelles

(1) Voyez, ci-dessus, n° 456

ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari. Quelles sont ces *reprises?* Ce sont celles qui résultent des conventions matrimoniales, nous en avons donné des exemples plus haut (1). Pourquoi la loi les mentionne-t-elle spécialement, quoiqu'elles soient comprises dans les conventions matrimoniales dont parle le premier paragraphe? Les travaux préparatoires ne donnent pas de réponse à notre question; on en est donc réduit à des conjectures. Sous l'empire du code civil, la question était controversée pour les reprises conditionnelles ou éventuelles; c'est probablement cette controverse que les auteurs de la loi nouvelle ont voulu trancher (n° 375).

481. Il y a une autre interprétation du deuxième paragraphe de l'article 64. On admet généralement que le mot *reprises* comprend les créances de la femme qui naissent pendant le mariage; telles sont les causes de recours prévues par l'article 67, et qui résultent de donations ou de successions, d'obligations souscrites par la femme ou d'aliénation de ses propres. Il en résulterait que l'hypothèque de la femme existerait déjà avant le mariage pour des droits qui ne prennent naissance que pendant le mariage. Ce serait étendre les droits de la femme au delà de ses nécessités, puisque la loi organise un mode de spécialisation particulière pour les droits qui prennent naissance pendant le mariage (art. 67). Ce serait encore l'étendre au delà de ce que faisait le code civil, tandis que l'esprit de la loi nouvelle a été, au contraire, de restreindre les garanties de la femme. Enfin, ce serait admettre une hypothèque qui doit être spécialisée, sans qu'il y ait aucune base de spécialisation : comment déterminer le montant des successions et des donations que la femme pourra recueillir pendant le mariage? comment fixer le chiffre des obligations qu'elle pourra contracter, et des aliénations qu'elle pourra faire? Cela est littéralement impossible, et cela aboutirait, si on le tentait, à grever toute la fortune immobilière du mari, présente et future, par des inscriptions excessives, sans que le mari eût le droit d'en demander la réduction (nos 378, 388-392).

482. L'article 64 donne encore lieu à une autre difficulté. On dit d'ordinaire que l'hypothèque spécialisée par contrat de

(1) Voyez, ci-dessus, n° 478

mariage est une hypothèque *conventionnelle*. Cela n'est pas exact. L'article 44 dit que l'hypothèque *légale* est celle qui résulte de la *loi*, et, aux termes de l'article 47, les droits et créances auxquels l'hypothèque *légale* est attribuée sont ceux des femmes mariées. Donc, l'hypothèque de la femme est une hypothèque légale; et si elle est légale, elle ne peut pas être conventionnelle; cela serait contradictoire.

Il est vrai que le second paragraphe de l'article 64 dit que la femme pourra également *stipuler*, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour ses reprises. Le mot *stipuler* semble indiquer une hypothèque conventionnelle; mais ce mot est employé dans un sens impropre, de même que l'expression *prendre hypothèque*, dont on s'est servi dans la discussion de la loi; on ne stipule pas un *droit* que l'on tient de la *loi*, et l'on n'a pas besoin de *prendre* une hypothèque que la *loi* nous *accorde*. C'est confondre l'hypothèque avec la spécialisation : l'hypothèque est légale, la spécialisation est conventionnelle. Ce qui prouve que tel est le sens de la loi, c'est que le deuxième paragraphe de l'article 64 dit : « La femme pourra *également* stipuler. » Cette prétendue *stipulation* est donc identique avec la convention dont il vient d'être parlé dans le paragraphe premier; or, ce premier paragraphe ne dit rien d'une *stipulation d'hypothèque*, il n'y est question que de spécialisation. De même, l'article 66 dit qu'à défaut de *stipulation* d'hypothèque, la femme peut la faire spécialiser par le président; or, l'article 66 parle des droits énumérés par le paragraphe premier de l'article 64, et dans ce paragraphe le mot de *stipulation* ne se trouve pas, il n'y est parlé que de la spécialisation; de là suit que le mot *stipuler* signifie spécialiser par convention, et *stipulation* veut dire une spécialisation conventionnelle (n°s 381-383).

483. La spécialisation peut se faire par contrat de mariage, pour la dot, les conventions matrimoniales et les reprises, mais elle ne doit pas nécessairement se faire avant le mariage, elle peut encore se faire pendant le mariage. Cela arrive, d'abord quand les époux se marient sans contrat notarié, ce qui n'empêche pas qu'il y ait dot et conventions matrimoniales; mais l'hypothèque que la femme a, dans ce cas, ne peut pas être spécialisée par contrat de mariage, puisque les époux n'en font pas, la loi

a donc dû permettre de spécialiser l'hypothèque pendant le mariage.

Il se peut, en second lieu, qu'il y ait un contrat de mariage, et que les époux aient négligé de spécialiser l'hypothèque légale; ce qui arrivera très-souvent. Au moment du mariage, le mari présente toutes les garanties de bonne gestion et de solvabilité; la femme, pour mieux dire sa famille, ne songera point à spécialiser l'hypothèque que la femme tient de la loi; ce serait un acte de défiance inutile, et partant déplacé. Mais, plus tard, les affaires du mari se dérangent; alors il importe que l'hypothèque de la femme soit spécialisée et inscrite. Cela prouve que la véritable garantie de la femme consiste dans la faculté que la loi lui donne de faire spécialiser et inscrire son hypothèque pendant le mariage. Cela prouve encore que l'hypothèque légale ne doit pas être une règle absolue, comme elle l'était sous l'empire du code civil; c'est une garantie en cas d'insolvabilité; or, la déconfiture et la faillite sont des exceptions; dès lors, l'hypothèque aussi a un caractère exceptionnel.

L'article 66 prévoit encore un troisième cas où il y a lieu de faire spécialiser l'hypothèque pour dot et conventions matrimoniales pendant le mariage : c'est quand les garanties déterminées par le contrat de mariage sont insuffisantes. Elles peuvent être insuffisantes pour plusieurs causes. D'abord, quand le mari n'a pas d'immeubles suffisants : s'il en acquiert pendant le mariage, il faut donner à la femme le droit de prendre une inscription supplémentaire. Il en serait de même si le montant de la créance déterminée par le contrat était inférieur au chiffre réel de la créance. Nous disons que la loi a dû donner à la femme le droit de prendre inscription pendant le mariage. Il y a cependant un motif de douter. La spécialisation fait partie des conventions matrimoniales, or celles-ci ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395) : pourquoi la loi permet-elle de modifier les conventions concernant l'hypothèque légale? C'est qu'il s'agit d'une garantie légale, et non d'un droit conventionnel, et la garantie est accordée à un incapable; le législateur a donc dû permettre de compléter la garantie et de la rendre efficace par des inscriptions nouvelles, prises pendant le mariage, sinon le but eût été manqué. Voilà pourquoi la loi

permet seulement à la femme de modifier ou de compléter la spécialisation quand le contrat ne l'a pas fait de manière à sauvegarder ses intérêts; elle ne permet pas au mari de demander la réduction des inscriptions prises en vertu du contrat de mariage, elle ne le permet pas même avec le concours de la femme. En ce qui concerne le mari, il s'agit d'une convention matrimoniale, puisqu'elle n'existe qu'en vertu de son consentement, et cette convention est immuable, puisque le mari est capable (nos 376-377).

484. L'article 67 prévoit le cas où des créances naissent au profit de la femme pendant le mariage. A notre avis (1), l'hypothèque qui garantit ces droits ne peut pas être spécialisée par le contrat de mariage; elle ne peut l'être que lorsque le droit a pris naissance. Dans le système du code civil, l'hypothèque de la femme existait de plein droit, et elle avait rang du jour où la créance existait (art. 2135). Dans le système de la loi belge, l'hypothèque est, à la vérité, légale, mais elle ne devient efficace que par la spécialisation et l'inscription. Le code civil grevait le plus souvent sans nécessité aucune les biens du mari; en effet, l'hypothèque est une garantie, et la femme n'a pas besoin de sûreté tant que son mari est solvable; il fallait donc lui abandonner le soin de prendre inscription si elle le juge nécessaire. L'hypothèque n'aura naturellement rang que du jour où elle a été inscrite. Cela prouve que l'opinion contraire, généralement suivie, est en opposition avec l'esprit de la loi nouvelle. C'était déjà une chose excessive et exorbitante que de grever les biens du mari d'une charge hypothécaire pour toutes les causes de recours qui prenaient naissance pendant le mariage en donnant rang à l'hypothèque à partir du jour où les droits naissent au profit de la femme; ce serait aggraver le mal si cette hypothèque avait rang en vertu de l'inscription prise avant le mariage. Il suffit, pour garantir les intérêts de la femme, qu'elle puisse prendre inscription sans le concours du mari en vertu de l'autorisation du président, quand elle le juge nécessaire (n° 380).

485. Comment se fait la spécialisation pendant le mariage? La femme doit s'adresser au président du tribunal de son domicile; c'est lui qui autorise la femme à prendre inscription, et qui

(1) Voyez, ci-dessus, n° 481.

fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle inscription sera prise. La loi ne dit pas que le président détermine les biens sur lesquels la femme peut requérir inscription. Mais comme c'est lui qui est appelé à spécialiser l'hypothèque, il faut admettre qu'il doit spécialiser les immeubles aussi bien que la somme. De même le conseil de famille fait cette double spécialisation pour les biens du mineur, et le notaire la fait pour l'hypothèque conventionnelle.

486. L'article 67 dit que la femme pourra toujours prendre inscription, *nonobstant convention contraire,* pour la sûreté des droits qui naissent pendant le mariage; la renonciation que la femme ferait par contrat de mariage à son hypothèque légale serait inopérante, car l'incapable ne peut pas renoncer à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité. La loi le dit dans le cas prévu par l'article 67 ; elle ne le dit pas pour les droits qui naissent lors du mariage. En faut-il conclure que la femme peut renoncer à l'hypothèque que la loi lui donne pour sa dot et ses conventions matrimoniales? Ce serait un de ces mauvais arguments que l'on tire du silence de la loi, en opposition avec les principes, et une pareille argumentation n'a aucune valeur. On pourrait dire que l'hypothèque de l'article 64 est conventionnelle, et qu'il est permis de renoncer à un droit que l'on peut stipuler. Dans notre opinion, l'hypothèque de la femme est toujours légale, de sorte qu'elle n'y peut jamais renoncer. Autre est la question de savoir si elle peut renoncer au bénéfice de l'inscription prise pour la garantie de ses droits; nous y reviendrons (n° 386).

N° 3. DE L'INSCRIPTION.

Sommaire.

487. La femme peut prendre inscription.
488. Le mari doit faire inscrire l'hypothèque spécialisée par le contrat de mariage; il peut prendre inscription pendant le mariage sans l'intervention du président.
489. Dans quels cas les parents et alliés de la femme peuvent-ils requérir l'inscription?
490. Quand le juge de paix et le procureur du roi peuvent-ils requérir l'inscription?

487. L'hypothèque de la femme doit être inscrite, pour qu'elle soit efficace. Régulièrement, l'inscription est requise par le créan-

cier. Quand il s'agit de l'inscription de l'hypothèque spécialisée par contrat de mariage, la loi dit que l'inscription pourra être requise par la femme (art. 64); et quand elle est spécialisée par le président, la loi suppose que c'est la femme qui requiert l'inscription en vertu de l'ordonnance de ce magistrat (art. 66 et 67). Mais la loi, accordant à la femme une hypothèque à raison de son incapacité, ne pouvait s'en rapporter à l'incapable des soins de la rendre publique et efficace.

488. Elle charge d'abord le futur mari de faire inscrire l'hypothèque spécialisée par le contrat de mariage; il doit requérir l'inscription avant la célébration de l'union conjugale, afin que la femme ait une garantie au moment même où ses intérêts seront compromis (n° 400).

Le mari peut aussi requérir l'inscription pendant le mariage (art. 70), dans tous les cas où il y a lieu d'inscrire l'hypothèque. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait été spécialisée ni que le mari la fasse spécialiser. La loi n'exige pas l'intervention du président; c'est le mari qui spécialise en prenant inscription; il n'y a pas à craindre que le mari prenne une inscription excessive, puisqu'il est intéressé à ce qu'elle n'excède pas la garantie qui est nécessaire à la femme (n° 401).

489. La loi ne compte guère sur le mari, pour que l'hypothèque soit inscrite, puisqu'il est intéressé à ce qu'il n'y ait pas d'inscription. Elle s'adresse, en conséquence, à la famille de la femme : ses parents et alliés jusqu'au troisième degré inclusivement peuvent requérir les inscriptions au nom de la femme (art. 69). La loi ajoute qu'ils doivent se conformer aux règles prescrites par les articles précédents, c'est-à-dire qu'ils doivent s'adresser au président du tribunal pour faire spécialiser l'hypothèque légale. Le texte ne donne donc aux parents le droit d'agir que lorsqu'il s'agit de prendre inscription pendant le mariage (n° 402).

490. Les parents peuvent rester dans l'inaction, soit par négligence, soit par crainte de troubler la paix de la famille. Pour rendre l'hypothèque efficace par la publicité, la loi s'adresse en dernier lieu au juge de paix et au procureur du roi, en leur permettant de requérir les inscriptions d'office au nom de la femme. La loi n'astreint pas ces magistrats à demander l'autorisation du

président ; ils agissent d'office, et, par conséquent, spécialisent eux-mêmes l'inscription qu'ils requièrent (nº 403).

Nº 4. DE LA RÉDUCTION DE L'INSCRIPTION.

Sommaire.

491. Le mari peut demander la réduction de l'inscription, quand elle est excessive, mais seulement dans les cas où l'inscription a été prise pendant le mariage par la femme, les parents et alliés, ou par le juge de paix et le procureur du roi (art. 72). Dans le système de la loi belge, l'hypothèque ne peut pas dépasser la garantie qui est nécessaire à l'incapable ; donc, en principe, le mari doit avoir le droit d'en demander la réduction, quand l'inscription est excessive. La loi donne ce droit pour les inscriptions prises pendant le mariage, elle le lui refuse pour l'inscription de l'hypothèque spécialisée par le contrat ; dans le premier cas, la spécialisation se fait par le président, sur la demande de la femme, sans que le mari soit entendu ; dans le second cas, la spécialisation se fait par le contrat de mariage, où le mari est partie ; la loi ne lui permet pas de revenir sur le consentement qu'il a donné (nºˢ 404-406).

492. La réduction doit être demandée en justice, quand même la femme y consentirait ; elle n'est pas appelée à consentir, la loi n'exige pas même qu'elle soit mise en cause. Elle est incapable, et l'incapable ne peut pas renoncer à une garantie que la loi lui donne à raison de son incapacité. La femme n'étant pas en cause pour se défendre, la loi veut qu'elle trouve un défenseur dans le ministère public ; le procureur du roi doit être entendu, comme partie, car c'est contradictoirement avec lui que le tribunal prononce sur la demande du mari. De plus la loi veut que le tribunal prenne l'avis des trois plus proches parents de la femme (nºˢ 407-409).

§ IV. *Hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics.*

Sommaire.

493. Quelles sont les personnes dites civiles qui jouissent de l'hypothèque légale?
494. Cette hypothèque est générale ; en quel sens?
495. Elle frappe les biens futurs de la femme; en quel sens?

493. La loi (art. 47) donne une hypothèque à l'État, aux provinces, aux communes et aux établissements publics, pour leurs droits et créances, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. On assimile les personnes civiles aux mineurs, parce qu'elles ne peuvent pas veiller elles-mêmes à leurs intérêts. Toutes les personnes civiles n'ont pas une hypothèque légale ; la loi n'accorde cette faveur qu'à celles dont les revenus ont une destination publique, de sorte que la gestion en est assimilée à celle des deniers publics. Les mots *établissements publics* sont donc pris ici dans un sens spécial et restreint. Il a été jugé, par application de ce principe, que les fabriques d'église n'ont pas d'hypothèque légale (n°s 416, 417, 420).

494. Cette hypothèque légale diffère de celle que la loi établit en faveur des mineurs, interdits et femmes mariées. Elle est générale (art. 48), en ce sens qu'elle ne doit pas être spécialisée par un acte qui précède l'inscription ; il n'y a que l'inscription qui doit être spéciale, c'est-à-dire qu'elle doit contenir l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels inscription est prise et la déclaration du montant des droits pour la conservation desquels inscription est prise (art. 89). En ce sens l'hypothèque est spécialisée lors de l'inscription. Mais la loi permet à l'État et à ses subdivisions, ainsi qu'aux établissements publics, de prendre une inscription spéciale sur tous les biens présents et à venir du comptable, sans que celui-ci en puisse demander la réduction, quand même l'inscription serait excessive. Nous en avons dit la raison (1) (n° 258).

495. Il y a encore une autre différence entre l'hypothèque

(1) Voyez, ci-dessus, n° 456.

légale de l'État et les hypothèques des incapables; elle grève non-seulement les biens du débiteur, mais encore les biens futurs de la femme. On a craint que le comptable, pour soustraire à l'hypothèque les immeubles qu'il achète, n'en fit l'acquisition au nom de la femme; cette fraude est si facile, que la loi la présume, ce qui dispense le créancier du fardeau de la preuve. Toutefois la présomption admet la preuve contraire (art. 48). La femme est admise à prouver qu'elle a acquis les immeubles soit à titre de succession ou de donation, ce qui exclut toute idée de fraude, soit à titre onéreux, de ses deniers propres, ce qui détruit la présomption de fraude, puisque la loi suppose que l'immeuble a été acheté des deniers du mari (nº 422).

SECTION III. — Des hypothèques conventionnelles.

§ I. *Définition et caractères.*

Sommaire.

496. L'article 44 porte : « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats. » Pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle, il faut d'abord qu'elle soit établie par une convention, c'est-à-dire par le concours de consentement du débiteur et du créancier; et cette convention doit être reçue par acte authentique. L'hypothèque est un contrat solennel (art. 76).

Il ne faut pas confondre l'hypothèque avec l'obligation principale à l'acquittement de laquelle elle est affectée. Cette obligation ne doit pas être conventionnelle; on peut constituer une hypothèque pour sûreté d'une obligation résultant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. De plus, l'obligation principale ne doit pas être constatée par un acte authentique; les obligations pour lesquelles une hypothèque est stipulée résultent d'ordinaire

d'un prêt, et le prêt est un contrat non solennel. L'obligation principale, en ce qui concerne la forme, reste donc sous l'empire du droit commun (n° 423).

497. Nous disons que l'hypothèque conventionnelle exige le concours de volontés du créancier et du débiteur. Dans l'ancien droit, les praticiens avaient imaginé une constitution d'hypothèque par la seule volonté du débiteur; le président Favre, dans son rude langage, qualifiait cette erreur de *monstrueuse;* la monstruosité s'est perpétuée dans la pratique, et même dans la doctrine et la jurisprudence. Il suffit de citer les articles du code civil reproduits par la loi belge, pour prouver l'erreur, qui est réellement monstrueuse, car elle aboutit à dire qu'il y a une hypothèque *conventionnelle* sans *convention*. L'article 44 (C. c., 2117) dit que l'hypothèque *conventionnelle* est celle qui *dépend des conventions;* donc sans convention il n'y a point d'hypothèque conventionnelle. Et qu'est-ce qu'une convention ou un contrat? La convention n'est autre chose qu'un concours de volontés (art. 1101); quand chacune des deux parties s'oblige, le contrat est bilatéral (art. 1102); quand une seule partie s'oblige, le contrat est unilatéral (art. 1103); le contrat d'hypothèque est un contrat unilatéral, car le débiteur seul contracte un engagement, le créancier ne s'oblige point. Est-ce à dire qu'il ne doive point consentir? Ici est la monstruosité flétrie par le président Favre. Un engagement du débiteur qui ne serait pas accepté par le créancier ne serait pas un contrat, ce serait une simple offre ou pollicitation que le débiteur peut toujours rétracter. Cela est élémentaire et l'on s'étonne que des principes aussi simples soient méconnus par des auteurs et par des cours (n° 424).

498. Nous ajoutons que le contrat d'hypothèque est un contrat solennel, ce qui veut dire que la forme authentique est de la substance de la convention; de sorte que l'hypothèque consentie par acte sous seing privé ou par un acte notarié nul en la forme serait inexistante et ne produirait aucun effet. Ce point est controversé. Notre opinion se fonde d'abord sur le texte de la loi. Aux termes de l'article 44, l'hypothèque *conventionnnelle dépend* des *conventions* et de la *forme extérieure* des actes. Deux conditions sont donc requises pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle; on ne peut concevoir une hypothèque conventionnelle sans con-

vention; or la loi met sur la même ligne la *forme extérieure des actes*, c'est-à-dire la solennité; donc, sans les solennités prescrites par la loi, il n'y a point d'hypothèque conventionnelle. L'article 42 est conçu dans le même sens : « L'hypothèque *n'a lieu que* dans les cas et *suivant les formes* autorisés par la loi. » Donc en dehors de ces formes, il n'y a point d'hypothèque. Tel est l'esprit de la loi. L'hypothèque est d'ordre public, puisqu'elle intéresse le crédit du propriétaire et les tiers qui traitent avec lui; voilà pourquoi, dans les coutumes de nantissement, l'hypothèque se constituait par les œuvres de loi, sans lesquelles elle n'existait point. L'intervention du notaire a remplacé celle de la justice; elle a le même objet et le même effet. Cette intervention est encore substantielle dans l'intérêt des parties contractantes; si le législateur a fait du contrat de mariage un acte solennel, c'est à raison de l'importance des conventions matrimoniales. L'hypothèque est un acte également important et usuel; l'officier public est seul en état de le rédiger de manière qu'il soit valable; se contenter d'un acte sous seing privé, c'eût été multiplier les chances de nullité, et ébranler la fortune des capitalistes qui prêtent sur hypothèque (n° 428).

499. L'article 76 porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique. On entend par là, comme le disait l'article 2127 du code civil, un acte passé devant notaire. Si la loi belge n'a pas reproduit textuellement cette disposition, c'est parce qu'elle admet que l'acte notarié peut être remplacé par un acte équipollent, c'est-à-dire par un acte sous seing privé qui est revêtu des formes de l'authenticité par la reconnaissance que les parties en font en justice ou devant notaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 2 de la loi hypothécaire (1) (n° 431).

500. Du principe que l'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel, suit que le consentement des deux parties doit être donné dans la forme authentique. Cela n'est pas douteux pour le consentement du débiteur, puisque l'article 76 le dit et le répète : il porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte authentique, or c'est le *débiteur* qui *consent*

(1) Voyez, ci-dessus, n° 308

l'hypothèque. Le deuxième paragraphe ajoute que les procurations à l'effet de constituer hypothèque doivent être données dans la même forme. Quand le débiteur donne mandat à l'effet de constituer hypothèque, le consentement est donné par la procuration, voilà pourquoi la procuration doit être authentique. A notre avis, le consentement du créancier doit également être donné dans cette forme. C'est mal interpréter l'article 76 que de le limiter au débiteur; la loi ne parle pas du débiteur dans le premier paragraphe, elle parle de l'*hypothèque* qui doit être *consentie*, or l'hypothèque n'est pas seulement consentie par le débiteur, elle doit aussi être consentie par le créancier; le mot même *consentir* le prouve, car il n'y a pas de consentement sans concours de volontés. *Consentir* est donc synonyme de *contracter*. Si, dans le second paragraphe, la loi parle spécialement de la procuration donnée par le débiteur, c'est que cette question était controversée sous l'empire du code civil; l'article 76 a tranché la difficulté, mais sans entendre décider la question de principe, laquelle était déjà décidée par les articles 42 et 44. En effet, d'après ces articles, l'hypothèque est un contrat solennel, or le contrat ne peut pas être solennel pour le débiteur et non solennel pour le créancier : cela n'aurait pas de sens (n°s 438-440).

La cour de cassation de Belgique a appliqué ces principes dans l'espèce suivante, qui est très-fréquente dans la pratique. Acte de prêt reçu par notaire; l'emprunteur, seul présent, constitue une hypothèque au profit du prêteur, celui-ci accepte ensuite par un acte sous seing privé ou tacitement. Il a été jugé que l'acte d'hypothèque est nul; il faut dire *inexistant;* en effet, le consentement dans les actes solennels n'existe que s'il a été exprimé dans la forme authentique, or sans consentement il n'y a pas de convention, donc pas d'hypothèque (n° 441).

501. Quel est l'effet, en Belgique, des hypothèques consenties en pays étranger? D'après le code civil, les contrats passés à l'étranger ne donnaient pas, en principe, d'hypothèque sur les biens situés en France (art. 2128). La loi belge déroge à cette disposition. Elle donne effet à l'hypothèque à condition que l'acte ait été reçu dans la forme authentique, et qu'il soit revêtu du visa du président du tribunal de la situation des biens. Il n'y avait aucune raison pour refuser effet aux actes d'hypothèque reçus en

pays étranger, puisque l'hypothèque conventionnelle n'est pas un droit civil. Tout ce que l'on peut exiger, c'est que l'acte soit reçu dans la forme authentique; c'est pour constater ce fait que la loi charge le président du tribunal « de vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus ». Le visa constate que l'acte est authentique; dès lors l'hypothèque est valable en la forme. La décision du président est sujette à appel, parce qu'elle porte sur une question de droit; l'appel est porté devant la cour, qui statue comme en matière d'appel de référé (n°s 456, 459).

Le visa n'a pas pour effet de donner force exécutoire à l'hypothèque reçue à l'étranger. Il est de principe que les actes reçus à l'étranger n'ont de force exécutoire en France (ou en Belgique) qu'en vertu d'un jugement, or le visa du président n'est pas un jugement. Si le créancier veut saisir les biens hypothéqués, il devra préalablement obtenir un jugement (code de pr., art. 546) (n° 456).

Les traités peuvent déroger à ces principes. Il n'y a pas, en Belgique, de traité qui y ait dérogé (n° 460).

§ II. *Qui peut constituer une hypothèque?*

Sommaire.

502. Il faut être propriétaire et capable d'aliéner.
503. L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle.
504. Celui qui a une action en revendication, en nullité ou en résolution peut hypothéquer l'immeuble.
505. Celui qui a un droit conditionnel sur un immeuble peut l'hypothéquer, de même que celui qui a un droit résoluble, révocable ou annulable.
506. Les administrateurs légaux ne peuvent pas hypothéquer.
507. Les mineurs émancipés et les femmes séparées de biens ne peuvent pas hypothéquer.

502. « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent » (art. 73). Cette disposition implique deux conditions : il faut être 1° propriétaire et 2° capable d'aliéner. En effet, le droit d'aliéner est un des attributs essentiels de la propriété; il n'y a que les propriétaires qui puissent aliéner; donc si

la capacité d'aliéner est requise pour pouvoir hypothéquer, il faut par cela même être propriétaire. L'article 78 le dit explicitement : il veut que l'acte indique les biens *actuellement appartenant au débiteur* sur lesquels il consent hypothèque. En principe, cela n'est pas douteux. L'hypothèque est un démembrement de la propriété (1), donc celui qui hypothèque fait une aliénation partielle ; or il n'y a que le propriétaire qui puisse aliéner, soit pour le tout, soit partiellement (n°s 462-463).

503. Du principe qu'il faut être propriétaire pour pouvoir hypothéquer, suit que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. La loi le dit implicitement, en posant le principe de la spécialité des hypothèques conventionnelles : « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle *valable* que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant* au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque » (art. 78). Si donc le débiteur hypothèque un bien qui ne lui appartient pas actuellement, l'hypothèque est nulle. Cela est en harmonie avec les principes généraux : le non-propriétaire ne peut pas aliéner un immeuble pour le total (art. 1599), il ne peut, par identité de motif, l'aliéner partiellement (n° 469).

504. Quand peut-on dire que les biens *appartiennent actuellement* au débiteur? Il n'est pas nécessaire qu'il les possède, il suffit qu'il ait une action en vertu de laquelle son droit de propriété sera reconnu par le juge ; car le juge, en le déclarant propriétaire, décide qu'il n'a jamais cessé de l'être ; il l'était donc au moment où il a concédé l'hypothèque. Cela est vrai non-seulement de l'action en revendication, mais aussi des actions en nullité ou en résolution ; peu importe que le tiers possesseur ait eu un droit ; ce droit, étant annulé ou résolu, est censé n'avoir jamais existé ; c'est donc le demandeur dont le juge reconnaît le droit qui a toujours été propriétaire (n° 475).

505. L'article 74 applique le même principe à celui qui a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition ; il peut consentir une hypothèque ; bien entendu, comme la loi le dit, que l'hypothèque sera suspendue par la même condition. Celui qui achète un immeuble sous condition suspensive peut donc l'hypothé-

(1) Voyez, ci-dessus, n° 438.

quer, quoique le vendeur reste propriétaire et qu'il ait aussi le droit d'hypothéquer. L'hypothèque consentie par l'acheteur sera valable, à partir de la vente, si la condition se réalise, parce qu'elle rétroagit au jour du contrat; tandis que l'hypothèque que le vendeur aurait consentie tomberait, puisque, en vertu de cette même rétroactivité, il a cessé d'être propriétaire à partir de la vente. Par contre, si la condition défaillit, l'hypothèque consentie par l'acheteur tombe, et celle consentie par le vendeur subsiste. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations* (1) (n[os] 476-477).

De même ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit résoluble ou sujet à rescision ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même condition ou à la même rescision (art. 74). La résolution et l'annulation opèrent rétroactivement; celui dont la propriété est résolue ou annulée est censé n'avoir jamais été propriétaire, il n'a donc pas pu hypothéquer; c'est le propriétaire qui a agi en résolution ou en annulation qui aura toujours été propriéaire (2), et qui, par conséquent, a pu hypothéquer l'immeuble.

Ce principe s'applique aussi à la révocation quand elle agit rétroactivement. Quand le droit du propriétaire est révoqué sans rétroactivité, les hypothèques consenties avant l'inscription de la demande subsistent. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (3) (n[os] 478, 480, 481).

506. Du principe qu'il faut être capable d'aliéner suit que les administrateurs légaux des personnes incapables, absents, mineurs, interdits, femmes mariées, ne peuvent pas hypothéquer; ils représentent seulement les incapables pour administrer leurs biens, et, en cette qualité, ils n'ont d'autre pouvoir que celui de faire des actes d'administration. S'agit-il d'aliéner ou d'hypothéquer, la loi prescrit des formalités et des conditions dans l'intérêt des incapables et à raison du défaut de capacité des administrateurs (n° 484).

C'est par application de ce principe que les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent pas hypothéquer; mais, comme il peut être nécessaire ou avantageux aux

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 461, n° 667.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 503.
(3) Voyez, ci dessus, n° 324.

absents que leurs biens servent de garantie hypothécaire à un prêt, la loi belge permet aux envoyés de les hypothéquer en observant les formalités prescrites pour les mineurs (art. 75). Quant aux envoyés en possession définitive, ils peuvent hypothéquer, puisqu'ils sont considérés comme propriétaires à l'égard des tiers (1) (nº 485).

De même, le tuteur ne peut hypothéquer que sous les conditions prescrites par la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Tutelle* (2) (nº 486).

Le mari administrateur légal des biens de la femme ne peut hypothéquer les biens qu'il administre; la femme seule a ce droit, avec autorisation (3) (nº 487).

507. Il y a des propriétaires qui ont seulement la capacité d'administrer, mais qui ne peuvent pas aliéner, partant ils ne peuvent pas hypothéquer. Tels sont les mineurs émancipés et les femmes séparées de biens. Il est vrai qu'ils peuvent s'obliger pour les besoins de leur administration, mais la loi ne se contente pas de la capacité de s'obliger, elle exige la capacité d'aliéner. On a objecté qu'en s'obligeant le mineur oblige ses biens, ce qui donne au créancier le pouvoir de l'exproprier, et l'on en a conclu que les mineurs ont le droit d'hypothéquer. Telle n'est pas la théorie de la loi; les articles 73 de la loi hypothécaire et 484 du code civil sont formels. C'est dans un esprit de protection que la loi restreint les pouvoirs des incapables; en leur facilitant les moyens de s'obliger avec garantie hypothécaire, la loi leur donnerait les moyens de se ruiner (nºs 488, 490, 492).

§ III. *De la spécialité des hypothèques conventionnelles.*

Sommaire.

508 Quels sont les motifs pour lesquels la loi prescrit la spécialité des hypothèques? Quels rapports y a-t-il entre la spécialité et la publicité?

508. L'hypothèque conventionnelle doit être spéciale quant aux biens qui en sont grevés, et quant à la créance à laquelle elle

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 212, nº 121.
(2) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 399, nºs 402 et 401.
(3) Voyez le t. III de ce cours, p. 288, nº 486.

est affectée. Aux termes de l'article 78, l'acte constitutif doit déclarer la *nature* et la *situation* de *chacun* des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie; et l'article 80 exige que la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie soit déterminée dans l'acte. Ce principe n'est pas particulier à l'hypothèque conventionnelle; la loi belge l'a étendu à l'hypothèque légale des incapables, laquelle doit être spécialisée par un acte qui précède l'inscription. La spécialité est donc une règle générale, c'est une des bases de notre système hypothécaire. Elle est exigée par les raisons qui ont fait établir la publicité; les tiers doivent connaître d'une manière exacte la situation hypothécaire de la personne avec laquelle ils traitent, donc les immeubles qui sont hypothéqués et la somme pour laquelle ils sont grevés. De son côté, le débiteur a intérêt à conserver son crédit pour la partie de ses biens qui reste libre; des inscriptions générales grèveraient inutilement tous ses biens, et porteraient atteinte à son crédit (n°s 497-498).

La spécialité prépare la publicité : les inscriptions sont spécialisées d'après l'acte qui établit l'hypothèque. Toutefois, il ne faut pas confondre la spécialité de l'acte d'hypothèque avec la spécialité de l'inscription. La spécialité est requise pour la validité de l'hypothèque; si l'acte notarié ne la spécialise pas, l'hypothèque est nulle; et elle resterait nulle, alors même que l'inscription serait spéciale. Si l'hypothèque était spéciale, mais si l'inscription ne spécialisait pas suffisamment l'hypothèque, l'hypothèque serait, à la vérité, valable, mais elle pourrait devenir inefficace si l'inscription était annulée. Sous le rapport de la nullité, il y a aussi une différence entre l'hypothèque et l'inscription. L'hypothèque est nulle par cela seul qu'elle n'a pas été spécialisée dans l'acte conformément aux articles 78 et 80; tandis que l'inscription n'est pas nulle de droit pour défaut de spécialisation, elle n'est nulle que si le défaut de spécialisation a causé un préjudice aux tiers. Ainsi, la publicité et tous ses éléments sont une question d'*intérêt* pour les tiers, tandis que la spécialité est de l'*essence* de l'hypothèque (n°s 499-500).

N° 1. DE LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS

Sommaire.

509. En quoi consiste la spécialité quant aux biens? L'article 74 veut que l'acte notarié déclare spécialement la *nature* et la *situation* de *chacun* des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. La spécialisation doit se faire par acte authentique. C'est une conséquence de la solennité de l'acte. Tous les éléments du contrat doivent être solennels. Si la spécialisation se faisait par un acte sous seing privé, elle serait nulle en la forme, et partant inexistante : d'où suivrait que l'hypothèque aussi n'aurait point d'existence légale (n° 500).

L'acte doit désigner la *nature* des biens, c'est-à-dire, si ce sont des bâtiments, des biens labourables, des prairies, des bois; cette désignation doit se faire pour *chacun* des immeubles. Il faut aussi déclarer la *situation* de chacun des immeubles, ce qui se fait pour les bâtiments en indiquant la rue et le numéro; s'il n'y a ni rue ni numéro, l'acte devra contenir une désignation qui fasse reconnaître l'immeuble, ainsi le nom sous lequel il est connu, les tenants et aboutissants (n° 502).

L'hypothèque qui ne serait pas spéciale, dans le sens de l'article 74, serait inexistante. En effet, la spécialité est d'ordre public, donc le défaut de spécialité doit avoir la même conséquence que le défaut de forme : il n'y a pas d'hypothèque quand il n'y a pas de spécialité (n° 511).

510. L'article 78 consacre une conséquence du principe de spécialité, c'est que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. Les biens à venir sont les biens qui adviendront au débiteur par succession. Ces biens ne sont qu'une espérance ; ceux qui escomptent ainsi l'avenir sont les prodigues ; si les créanciers se contentent d'une garantie aussi incertaine, c'est à des conditions ruineuses pour le débiteur. Le législateur ne pouvait pas autoriser de pareilles transactions ; il organise le régime hypo-

thécaire pour développer la richesse et non pour favoriser la dissipation et l'appauvrissement. Le code civil établissait le même principe, mais il permettait, par exception, d'hypothéquer les biens à venir en cas d'insuffisance des biens présents; cette exception n'a pas été maintenue par la loi belge. Il en est de la spécialité comme de la publicité : la règle doit être générale, sinon le but de la loi est manqué (n[os] 514-515).

511. L'hypothèque spéciale présente un inconvénient, c'est que les biens qui, lors du contrat, étaient suffisants, peuvent devenir insuffisants. Quel est, dans ce cas, le droit du créancier? L'article 79 porte que si les immeubles affectés à l'hypothèque ont *péri* ou ont éprouvé des *dégradations*, de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance. Ainsi, le créancier n'a pas le droit de demander le remboursement de sa créance si les immeubles diminuent de valeur; c'est une chance que le créancier doit prévoir; la prudence demande qu'il stipule la garantie hypothécaire en conséquence. Il faut que les immeubles aient *péri* ou aient été *dégradés*. Dans ce cas, le créancier peut exiger le remboursement, parce qu'il n'avait traité avec le débiteur que sous la condition d'une garantie réelle. La loi ne distingue pas si la perte ou la dégradation sont ou non imputables au débiteur, mais les conséquences diffèrent selon qu'il est en faute ou non; quand le débiteur n'est pas en faute, il peut offrir un supplément d'hypothèque, ce qui replace les parties dans les conditions du contrat; s'il est en faute, il doit rembourser, parce qu'il est déchu du bénéfice du terme en vertu de l'article 1188 (1) (n[os] 516, 517, 523).

N° 2. DE LA SPÉCIALITÉ QUANT A LA CRÉANCE.

Sommaire.

512. Cette spécialisation est aussi requise pour l'existence de l'hypothèque.
513. *Quid* si la dette est conditionnelle ou indéterminée?
514. Peut-on constituer une hypothèque pour une dette future? et notamment pour un crédit ouvert? Quel est le rang de l'hypothèque établie pour l'ouverture d'un crédit? Comment se prouve la délivrance des fonds?

512. L'article 80 porte : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 477, n° 701.

déterminée dans l'acte .» C'est un second élément de spécialité, le principe est identique dans les deux cas. La spécialité quant à la créance, comme la spécialité quant aux biens, doit être faite dans l'*acte*, donc dans la forme authentique, comme l'explique l'article 78; c'est dire que la spécialisation de la créance est une condition substantielle, sans laquelle il n'y a point d'hypothèque (nº 525).

513. En général, la créance est certaine quant à son existence et quant à son montant. Elle peut être conditionnelle, tout en ayant pour objet une somme déterminée. L'article 80, § 2, veut que la condition soit mentionnée dans l'inscription hypothécaire. Les tiers sont intéressés à savoir si l'obligation est conditionnelle, car elle dépend de l'accomplissement de la condition; si celle-ci défaillit, il n'y a jamais eu ni dette ni hypothèque.

La loi ne parle pas des créances dont la valeur est indéterminée, telles qu'une créance de dommages-intérêts. Ces créances sont donc soumises à la règle générale établie par le § 1er de l'article 80; les parties en devront fixer l'évaluation, car il n'y a pas d'hypothèque sans une créance spéciale (nº 526).

514. Peut-on constituer une hypothèque pour une dette future? La question était controversée sous l'empire du code civil, elle est décidée implicitement par l'article 80, § 3, qui déclare valable l'hypothèque consentie pour un crédit ouvert, car l'ouverture de crédit est un prêt futur. On objectait que l'hypothèque d'une dette future dépend d'une condition purement potestative, ce qui la rend nulle d'après l'article 1174, et si l'obligation principale est nulle, l'hypothèque l'est aussi. C'est mal appliquer le principe consacré par l'article 1174. L'obligation est nulle quand le débiteur qui la contracte n'est lié que s'il veut. Si un banquier s'oblige à me prêter dix mille francs, au fur et à mesure que je les demanderai, le débiteur est obligé, donc il y a un lien qui valide l'obligation ; le futur emprunteur n'est pas obligé tant qu'il ne prend pas de fonds chez le banquier, mais le créancier n'est jamais lié, il peut toujours renoncer au bénéfice du contrat. Quant à l'hypothèque qu'il constitue pour ce prêt futur, elle ne dépend pas de sa volonté, car dès qu'il touchera des fonds, l'hypothèque produira ses effets (nos 527-528).

Quel sera le rang de l'hypothèque consentie pour un crédit

ouvert? L'article 80 dispose que l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme que le banquier consent à fournir, prend rang à la date de son inscription, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds. L'hypothèque d'une dette future n'existe, en général, que lorsque la dette sera contractée, puisqu'il ne saurait y avoir d'hypothèque sans obligation principale. Sous l'empire du code civil, on appliquait ce principe à l'hypothèque consentie pour l'ouverture d'un crédit. La loi belge donne rang à l'hypothèque à partir de son inscription, quelle que soit la date à laquelle les fonds se délivrent. Il y a une raison de différence entre le crédit ouvert et les dettes futures ordinaires; c'est que le banquier s'oblige à tenir les fonds à la disposition du crédité; il y a donc une obligation immédiate à sa charge, dès lors il peut y avoir hypothèque (n° 533).

L'article 80 ajoute que la délivrance des fonds peut être établie par tous moyens légaux. Sous l'empire du code civil, on soutenait que l'ouverture de crédit et la délivrance des fonds devaient être constatées par des actes authentiques. C'était une erreur; la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie doit être déterminée par un acte authentique, mais l'obligation principale et l'exécution de cette obligation n'ont rien de commun avec la spécialité, elles se prouvent d'après le droit commun, donc par témoins en matière de commerce. C'est la décision de la loi belge (n° 537).

SECTION IV. — De l'hypothèque testamentaire.

Sommaire.

515. Quelles sont les conditions requises pour la validité de l'hypothèque testamentaire?

515. « L'hypothèque testamentaire est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament, pour garantie des legs par lui faits » (art. 44). La loi ne dit pas que la créance doit être spéciale, sans doute parce que, en règle générale, les legs sont spéciaux; mais ils peuvent consister en prestations, dans ce cas il faut une liquida-

tion. C'est le droit commun, et la base de notre système hypothécaire (n° 541).

La loi ne dit rien de la forme de l'hypothèque testamentaire. Comme elle est établie par testament, il faut décider qu'elle peut être constituée par tout testament authentique, mystique et olographe (n° 544).

SECTION V. — Du rang que les hypothèques ont entre elles.

Sommaire.

516. L'hypothèque est soumise à la publicité, par la voie de l'inscription. C'est encore une base de notre régime hypothécaire. Mais la publicité diffère de la spécialité, comme nous l'avons déjà dit (1). La spécialité est requise pour l'existence de l'hypothèque; la publicité n'est prescrite que dans l'intérêt des tiers, et elle suppose que l'hypothèque existe; seulement elle est inefficace à l'égard des tiers tant qu'elle n'a pas été rendue publique. Il en est de même des priviléges et de tout droit réel immobilier (art. 1er) (n° 546).

L'article 81 dit que l'hypothèque n'a de rang, entre les créanciers, que du jour de l'inscription. Ce principe est spécial aux hypothèques; il ne s'applique pas aux priviléges; le rang du privilége dépend de sa qualité (art. 13); or, par sa qualité, il l'emporte sur les hypothèques, alors même que l'hypothèque aurait été inscrite avant le privilége (art. 12) Nous avons dit, en traitant de la conservation des priviléges, en quel sens ce principe doit être entendu (2).

L'article 81 dit : *Entre créanciers*, sans distinguer entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires. Donc, le créancier hypothécaire ne peut exercer son droit de préférence à l'égard des créanciers chirographaires que si son hypothèque a été inscrite. La publicité est établie dans l'intérêt de tous tiers. Ce principe est devenu une règle générale pour tout droit réel

(1) Voyez, ci-dessus, n° 508.
(2) Voyez, ci-dessus, nos 420 425.

immobilier en vertu de l'article 1er de la loi hypothécaire (n° 547).

517. « Les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur (art. 81, § 2). L'inscription, en rendant l'hypothèque publique, devrait lui donner rang, à partir du moment où elle est prise. C'est le principe que la loi suit en matière de transcription (art. 123). Il n'y a pas de bonne raison de la différence que la loi établit entre les hypothèques et l'aliénation d'un immeuble; car l'hypothèque est aussi une aliénation. Quant aux difficultés pratiques, elles sont les mêmes; la loi les prévient d'ailleurs, autant que la chose est possible, en obligeant le conservateur de tenir un registre où il marque immédiatement le dépôt qu'on fait entre ses mains soit de bordereaux pour être inscrits, soit de titres pour être transcrits (n° 549).

CHAPITRE IV.

DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES

(*Principes de droit civil*, t. XXXI.)

§ I. *Notions générales.*

Sommaire

518. Où et par qui se fait l'inscription?
519. Qui peut requérir l'inscription?
520. Sur qui l'inscription doit-elle être prise?
521. Quand l'inscription peut-elle être prise?
522. Jusqu'à quand l'inscription peut-elle être prise?
523. Des pièces que le créancier doit représenter au conservateur.
524. L'inscription se fait sur les bordereaux que le créancier doit remettre au conservateur.
525. Qui supporte les frais de l'inscription?

518. L'inscription doit se faire au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les immeubles soumis au privilége ou à l'hypothèque (art. 82). Cette dispo-

sition a pour objet d'assurer la publicité des hypothèques; les tiers qui ont des renseignements à demander sur la situation hypothécaire d'une personne savent à qui ils doivent s'adresser et le bureau est en même temps à leur portée. L'inscription faite à un autre bureau serait inopérante (nos 1, 2).

519. Qui peut requérir l'inscription? L'article 83 suppose que l'inscription est requise par le créancier. Il est naturel que la formalité sans laquelle l'hypothèque serait inefficace soit remplie par celui qui a stipulé l'hypothèque. Ce principe s'applique même à l'hypothèque légale, en ce sens que les incapables peuvent requérir l'inscription; la loi le dit de la femme (art. 63), et il en est de même des mineurs, interdits et aliénés. C'est un acte conservatoire que les incapables ont le droit de faire. Mais la loi n'a pas pu s'en rapporter aux incapables, puisqu'elle leur donne une hypothèque à raison de leur incapacité. Nous avons dit plus haut qui est chargé de prendre inscription en leur nom (1) (n° 3).

520. Sur qui l'inscription doit-elle être prise? Elle doit se prendre sur les propriétaires dont les biens sont grevés d'hypothèque. D'ordinaire, c'est le débiteur qui consent l'hypothèque sur ses biens; l'article 83 2e veut que l'inscription indique le débiteur; la loi ajoute ensuite : « l'individu grevé d'hypothèque ». Il se peut que l'hypothèque soit constituée par un tiers sur ses biens au profit du débiteur personnel; c'est alors sur ce tiers que l'inscription est prise.

L'inscription peut être prise après la mort du débiteur; le créancier peut la prendre sur les héritiers; régulièrement même il devrait le faire, puisque les héritiers sont les débiteurs; mais comme le créancier pourrait ne pas connaître tous les héritiers, souvent très-nombreux, la loi lui permet de faire l'inscription sous la désignation du défunt (art. 83) (nos 11, 12).

521. Quand l'inscription peut-elle être prise? Quand doit-elle l'être? L'inscription peut être prise dès que l'hypothèque existe, et il n'y a point, en règle générale, de délai dans lequel elle doit être faite; la loi s'en rapporte à l'intérêt du créancier. Comme le rang de l'hypothèque dépend de l'inscription, le créancier est intéressé à la requérir immédiatement. Il y a encore un autre

(1) Voyez ci-dessus, nos 465, 487-490.

danger qui menace le créancier s'il tarde à inscrire son hypothèque, c'est que le débiteur peut, d'un instant à l'autre, aliéner l'immeuble hypothéqué ; et si l'acquéreur transcrit de suite l'acte de vente, le créancier hypothécaire sera déchu de son droit, en ce sens qu'il ne peut plus prendre inscription (1) (art. 116) (n° 15).

522. Jusqu'à quand l'inscription peut-elle être prise? En règle générale, aussi longtemps que le privilége ou l'hypothèque existent, puisque l'inscription n'est que la manifestation du droit, et le droit peut toujours être rendu public, mais l'hypothèque n'aura rang que du jour où elle a été inscrite (n° 17).

Cette règle reçoit des exceptions ; il y a des cas où l'inscription ne peut plus être prise, bien que l'hypothèque subsiste. L'article 82 prévoit un de ces cas : « Les droits de privilége ou d'hypothèque acquis et qui n'auraient pas été inscrits avant le décès du débiteur ne pourront plus l'être que dans les trois mois de l'ouverture de la succession. » Il suit de là que l'inscription peut encore se faire après la mort du débiteur, bien que sa succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire. C'est une dérogation au code civil ; il n'y a aucune raison de déclarer le créancier déchu lorsque l'héritier est bénéficiaire, le fait ou la situation de l'héritier ne pouvant pas priver le créancier de son droit. La loi belge veut que l'inscription se fasse dans les trois mois, afin d'activer la liquidation des successions (n° 17).

Il y a une seconde exception. L'inscription ne peut plus être prise après que l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé d'hypothèque a été transcrit (art. 112). C'est la conséquence du principe de publicité établi par la loi belge : l'immeuble doit être libre de toutes charges non rendues publiques au moment où l'acquéreur devient propriétaire à l'égard des tiers par la transcription (n° 20).

Il y a une troisième exception en matière de faillite. L'article 447 de la loi du 18 avril 1851 porte : « Les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour déclaratif de la faillite. » Ils ne peuvent plus être inscrits après le jugement qui déclare la faillite. La raison en est que le failli est dessaisi de l'administration de ses biens à compter

(1) Voyez, plus loin, n° 522.

du jour déclaratif de la faillite (loi du 18 avril 1851, art. 444); dès ce jour, la situation de tous les créanciers est fixée, comme elle le serait si le jugement pouvait liquider leurs droits. De là suit que l'un des créanciers ne peut plus, en faisant inscrire son hypothèque, obtenir une préférence à l'égard des autres créanciers; il est en faute de n'avoir pas conservé ses droits (n° 22).

523. Comment se prend l'inscription? « Pour opérer l'inscription, le créancier représente soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque » (art. 83). Pourquoi la loi veut-elle que l'inscription se fasse sur un acte authentique? Les inscriptions hypothécaires nuisent au crédit de celui sur lequel elles sont prises; il importe donc qu'elles soient faites sur la preuve authentique de l'existence du droit hypothécaire. Pour que le conservateur ne soit pas dans le cas d'inscrire des hypothèques qui n'existent point, la loi veut qu'on lui représente un acte authentique. Cette formalité n'étant exigée que pour couvrir la responsabilité du conservateur, celui-ci peut, à la rigueur, inscrire l'hypothèque sans exiger d'acte; l'inscription sera valable, mais le conservateur sera responsable s'il a fait une inscription qui n'est pas fondée sur un titre (nos 26, 27, 31, 32).

524. Le créancier doit encore remettre au conservateur deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre (art. 83). Ces bordereaux contiennent toutes les indications que le conservateur doit mentionner dans l'inscription hypothécaire. C'est le conservateur qui rédige l'inscription, mais il la fait sur les bordereaux qui lui sont remis par le créancier; en réalité, c'est donc le créancier qui est l'auteur de l'inscription; le conservateur se borne, comme le dit l'article 83, à faire mention sur son registre du contenu aux bordereaux, c'est-à-dire des indications que le bordereau doit contenir, d'après la loi. S'il y en a qui manquent ou qui sont inexactes, le conservateur n'est pas obligé de les compléter ou de les rectifier; c'est au créancier de veiller à la conservation de ses droits (n° 33).

Après avoir fait l'inscription, le conservateur rend au créancier l'expédition et l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription (art. 83); il conserve l'autre. Le créancier et le conservateur sont intéressés à avoir un bordereau pour con-

stater si l'inscription a été faite conformément aux indications fournies par le requérant. En effet, l'inscription peut être nulle par suite de l'omission de l'une des formalités prescrites par la loi; si cette omission peut être imputée au conservateur, il en sera responsable, tandis qu'il ne l'est point si l'irrégularité est imputable au créancier; la production des bordereaux prouvera si la nullité doit être imputée soit au requérant, soit au conservateur; l'un et l'autre doivent donc avoir une preuve écrite pour agir ou pour se défendre (n° 34).

Régulièrement, l'inscription devrait être faite de suite; mais le conservateur peut être dans l'impossibilité de le faire, à cause du grand nombre d'affaires dont il est chargé; pour concilier les exigences du service et les intérêts du créancier, la loi veut que le conservateur constate sur le registre des dépôts les remises des bordereaux; il opère ensuite l'inscription à la date de ces remises. Le créancier aura rang à dater du jour où il a remis les bordereaux (n° 38).

525. Les frais de l'inscription sont à la charge du débiteur (art. 91). C'est une application du principe que les frais doivent être supportés par celui qui les a occasionnés. Or, c'est le débiteur qui occasionne les frais quand il s'agit d'hypothèques conventionnelles et de priviléges, puisque, sans la garantie hypothécaire, le créancier n'aurait pas traité avec lui. La loi s'applique même aux hypothèques légales; le créancier incapable est censé avoir stipulé la garantie hypothécaire, et le débiteur doit payer les frais. Toutefois, le tuteur peut les porter en compte, comme toute dépense utile qu'il fait pour le mineur. C'est régulièrement le requérant qui fait l'avance des frais (art. 91) : il ne convient pas que le conservateur, qui agit dans un intérêt public, doive exercer des actions récursoires contre les débiteurs. Il y a exception pour les hypothèques légales; ceux qui en requièrent l'inscription ne sont pas tenus de faire l'avance des frais; le législateur a craint que cette obligation ne fût un obstacle à ce que des tiers prennent des inscriptions auxquelles ils n'ont aucun intérêt; c'est, dans ce cas, le conservateur qui doit agir contre les débiteurs (n°s 39 et 40).

§ II. *Formalités de l'inscription.*

Sommaire

526. L'inscription doit mentionner, 1° les nom, prénoms, domicile et profession du créancier (art. 83, 1°). En général, les mentions qui constituent l'inscription sont prescrites dans l'intérêt des tiers. La désignation du créancier est exigée dans son intérêt; en cas de purge et d'expropriation, des notifications lui doivent être faites; il faut donc que celui qui purge ou qui exproprie trouve dans l'inscription la désignation exacte du créancier. Il y a un cas dans lequel les tiers sont intéressés à connaître le créancier, c'est quand ils demandent la radiation de l'inscription; nous dirons plus loin qui a le droit de la demander (n° 45).

527. 2° Les nom, prénoms, profession et domicile du débiteur (art. 83, 2°). C'est une des mentions les plus essentielles de l'inscription hypothécaire; en effet, la loi prescrit la publicité des charges hypothécaires pour que les tiers sachent que la personne avec laquelle ils traitent est grevée d'hypothèque. Il faut donc une désignation exacte du débiteur, afin que les tiers ne soient pas trompés. La loi ajoute que la mention habituelle des nom, prénoms, profession et domicile peut être remplacée par « une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque ». Il se peut que le créancier qui requiert l'inscription ne connaisse pas toutes les mentions que la loi exige, telles que les prénoms et domicile; le domicile surtout est souvent incertain; la loi a donc dû se contenter d'une désignation individuelle et spéciale (n°s 54 et 55).

528. 3° « L'indication spéciale de l'acte qui confère l'hypothèque ou le privilége, et la date de cet acte » (art. 83, 3°). Il importe aux tiers de savoir si l'inscription est prise en vertu d'un privilége ou d'une hypothèque, puisque ces droits diffèrent; ils ont encore intérêt à savoir si l'hypothèque est conventionnelle, légale ou testamentaire, les conditions de validité différant d'après les diverses hypothèques. La loi exige encore la date du titre qui constitue l'hypothèque, ou d'où résulte le privilége, parce que la validité de l'hypothèque peut dépendre de sa date, par exemple, en cas de faillite. D'un autre côté, les hypothèques s'éteignent par la prescription, il faut donc que les tiers sachent à quelle époque elles ont pris naissance (n°s 58 et 59).

529. 4° « Le montant du capital et des accessoires des créances pour lesquelles l'inscription est requise, et le terme assigné à leur payement » (art. 83, 4°). Il ne suffit pas que les tiers sachent qu'il existe une hypothèque sur les biens de la personne avec laquelle ils vont traiter, ils doivent connaître le montant des créances hypothécaires. Dans le système de la loi belge, la spécialité est une condition de l'existence du privilége et de l'hypothèque; l'inscription ne fait que reproduire cette spécialisation (n° 62).

L'hypothèque qui garantit la créance principale garantit aussi les intérêts, à titre d'accessoires; mais pour que le créancier puisse exercer son droit de préférence pour les intérêts, il faut que le montant en soit rendu public. La loi, en organisant cette publicité, cherche à concilier les droits du créancier et ceux des tiers. Aux termes de l'article 87, le créancier privilégié ou hypothécaire, inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué, pour trois années, au même rang que pour son capital. Si plus de trois années lui sont dues, il doit prendre des inscriptions particulières, qui lui donneront rang à partir de leur date. Les tiers connaissent donc, par la loi et par les inscriptions, le montant exact des intérêts, et le créancier peut sauvegarder ses droits, en prenant inscription au fur et à mesure qu'il échoit des intérêts qui ne sont pas garantis par l'inscription première (n°s 66-69).

530. 5° « L'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'inscrivant entend conserver son privilége ou son hypothèque » (art. 83, 5°). C'est la

reproduction, quant aux biens, de la spécialité requise pour l'existence des priviléges et hypothèques. La mention est essentielle dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le possesseur des immeubles hypothéqués (n° 85).

531. 6° Après avoir indiqué les mentions que doivent contenir les bordereaux, la loi ajoute (art. 83) : « L'inscrivant sera de plus tenu de faire élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau ; à défaut d'élection de domicile, toutes significations et notifications relatives à l'inscription pourront être faites au procureur du roi. » Pourquoi, outre le domicile réel du créancier, faut-il un domicile élu? D'après l'article 94, les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers sont intentées par exploits faits à leur personne ou au domicile élu. C'est également au domicile élu que se font les notifications relatives à la purge (art. 110) et à l'expropriation forcée (code de pr., art. 692 et 753). L'inscrivant peut changer le domicile élu ; nous renvoyons, sur ce point, à l'article 88 (n° 48).

532. Telles sont les formalités générales de l'inscription hypothécaire. L'article 89 contient une disposition spéciale concernant l'hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics. La loi n'exige pas que l'inscrivant représente une expédition authentique de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque légale, parce qu'il n'y a point d'acte de spécialisation comme il y en a pour l'hypothèque des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Quant à l'inscription, elle contient, en général, les mentions qui sont prescrites pour les autres hypothèques : ainsi 1° les noms, prénoms, qualités ou désignations précises du créancier et du débiteur ; ce qui regarde le débiteur plutôt que le créancier, car les personnes civiles n'ont pas de noms ni de prénoms ; la loi a donc dû se contenter d'une désignation précise pour le créancier comme pour le débiteur ; 2° le domicile réel et élu ; 3° la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur déterminée ou éventuelle. La loi ne parle pas de l'acte qui confère l'hypothèque, puisqu'il n'y en a pas; 4° l'indication de la nature et de la situation de chacun des immeubles. Nous avons dit plus haut (1) que l'inscription est spéciale, quoique l'hypothèque ne le soit point (n° 41).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 436.

533. Les formalités de l'inscription sont-elles prescrites sous peine de nullité? Cette question a donné lieu à de longues controverses sous l'empire du code civil, et à des procès sans nombre. La cour de cassation commença par juger que toutes les formalités devaient être observées sous peine de *nullité;* le texte de l'article 2134 (loi hyp., art. 81) paraissait conçu en ce sens. Des inscriptions furent annulées parce que tous les prénoms du créancier ne s'y trouvaient pas mentionnés. Cette rigueur eut des conséquences funestes. Beaucoup d'inscriptions étaient irrégulières et furent, par suite, annulées; or la nullité de l'inscription enlevait au créancier son rang et, par suite, la garantie que lui donnait l'hypothèque, et, en perdant sa garantie hypothécaire, il perdait le plus souvent sa créance.

Daniels et Merlin proposèrent, en 1809, un autre système. Le code civil ne prononce pas expressément la nullité; l'inscription ne peut être annulée qu'en vertu de la volonté tacite du législateur. Il faut donc distinguer entre les formalités substantielles et les formalités non substantielles. On doit considérer comme essentielles les mentions que les tiers ont intérêt à connaître; l'inobservation de ces formes entraîne la nullité de l'inscription; tandis que l'inscription ne laisse point d'être valable, malgré l'inobservation des autres formalités. Restait à savoir quelles formalités sont substantielles. Sur ce point, il y avait une extrême divergence d'opinions, et dans la doctrine et dans la jurisprudence. De là des contestations sans fin. La loi belge en a tari la source en disposant (art. 85) que, « l'omission d'une formalité n'entraînera la nullité de l'inscription que lorsqu'il en résultera un préjudice au détriment des tiers ». Ce système est aussi simple que juridique. Quel est le but de la publicité? C'est de donner aux tiers une connaissance exacte de la situation hypothécaire de ceux avec lesquels ils traitent; l'inscription a donc pour objet de les éclairer et d'empêcher qu'ils ne soient lésés. Partant l'inscription doit être nulle, quand elle induit les tiers en erreur et qu'elle leur cause un préjudice. Mais si l'inscription, quoique irrégulière, n'a pas trompé les tiers, s'ils n'en éprouvent aucun préjudice, il n'y a pas lieu d'annuler l'inscription, puisque le but de la publicité est atteint. La nullité est donc une question de fait, celle de savoir si l'irrégularité de l'inscription a causé ou

non un préjudice. C'est à celui qui demande la nullité de prouver le préjudice qu'il allègue (nos 93-95).

§ III. *Effet de l'inscription. Renouvellement. Péremption.*

Sommaire.

534. Aux termes de l'article 90, l'inscription conserve l'hypothèque et le privilége pendant quinze années, à compter du jour de sa date; son effet cesse ou elle est *périmée*, si elle n'a été renouvelée avant l'expiration de ce délai. En quel sens l'inscription *conserve*-t-elle l'hypothèque? Cela ne veut pas dire que l'hypothèque subsiste aussi longtemps que l'inscription existe sur les registres du conservateur, sans être périmée; l'inscription conserve l'hypothèque en supposant que l'hypothèque existe; or, l'hypothèque peut s'éteindre malgré l'inscription; elle s'éteint notamment par la prescription, et la loi dispose que les inscriptions prises et renouvelées par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription; et si l'hypothèque est éteinte, il ne peut plus être question de conserver l'effet par l'inscription; celle-ci devra, au contraire, être radiée, sur la demande des parties intéressées (art. 95) (nos 101 et 105).

Pourquoi l'inscription ne conserve-t-elle les effets de l'hypothèque que pendant quinze ans? En théorie, l'hypothèque, une fois inscrite, devrait produire ses effets aussi longtemps qu'elle existe; car l'inscription n'est requise que pour rendre l'hypothèque publique, or cette publicité subsiste tant que l'hypothèque n'est point radiée. La loi du 22 décembre 1828 avait admis ce principe. Les auteurs de la loi belge ont consacré le principe du code Napoléon, par la raison que la perpétuité des inscriptions compromet, en fait, le système de publicité et finirait par la rendre impraticable. Il en résulte, en effet, que les inscriptions se mul-

tiplient à l'infini, et se perpétuent; les inscriptions peuvent, à la vérité, être radiées, après que la dette est éteinte, mais il est rare que la radiation se fasse, parce qu'elle occasionne des frais. Les inscriptions subsistant, les registres doivent être conservés, et ils vont en se multipliant à tel point que les recherches deviennent de plus en plus difficiles, et, par suite, les chances d'erreur augmentent, ce qui enlève à la publicité tout son avantage (n° 106).

Le système belge, qui est celui du code civil, prévient cet inconvénient; après quinze ans, les inscriptions sont périmées; on n'a pas besoin d'en demander la radiation, et les registres qui ont plus de quinze ans ne doivent pas être conservés. Mais ce système a un autre inconvénient, c'est que le créancier qui néglige de renouveler l'inscription perd son rang, et avec son rang il peut perdre son droit de préférence. Pour sauvegarder l'intérêt des créanciers, la loi belge donne effet à l'inscription pendant quinze ans, tandis que, d'après le code civil, l'inscription était périmée après dix ans; or, on a fait la remarque que les prêts avec hypothèque n'avaient pas une durée aussi longue dans nos usages; de sorte qu'il arrivera rarement que le créancier soit obligé de renouveler l'inscription. Après tout, le créancier qui perd son droit doit s'en prendre à sa négligence, et il faut habituer les hommes à veiller à leurs intérêts (n° 107).

535. La règle qui prescrit le renouvellement des inscriptions avant l'expiration du délai de quinze ans reçoit une exception en faveur des incapables, mineurs, interdits, aliénés et femmes mariées; les inscriptions prises à leur profit sont dispensées de tout renouvellement jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la cessation de la tutelle, de l'administration provisoire ou la dissolution du mariage. Ainsi pendant toute la durée de l'incapacité, l'inscription ne doit pas être renouvelée, et même après que l'incapacité a cessé, la loi donne à l'incapable qui recouvre l'exercice de ses droits une année pour faire le renouvellement. C'est une mesure de protection qui, dans notre système hypothécaire, est une nécessité. L'hypothèque légale des incapables est soumise à la publicité; or, il est très-difficile d'obtenir l'inscription pour les incapables; le législateur a donc dû maintenir ses effets, une fois qu'elle est prise, parce qu'il eût encore été plus difficile d'en obtenir le renouvellement (n° 108).

536. Comment se calcule le délai de quinze ans? Il faut appliquer la règle traditionnelle, d'après laquelle on ne compte pas le jour où le délai commence à courir, *dies a quo;* mais le dernier jour, *dies ad quem*, est compris dans le délai en ce sens que pendant ce jour on peut encore renouveler l'inscription. Cette règle est fondée en raison. L'inscription conserve l'hypothèque pendant quinze ans, donc pendant quinze années complètes; or le délai ne serait pas complet si l'on y comprenait le premier jour, qui n'est qu'une fraction de jour, et le dernier jour doit profiter au créancier, puisque l'inscription n'est périmée que lorsque les quinze années sont entièrement écoulées (n° 115).

537. Renouveler une inscription, c'est prendre une inscription nouvelle; il faut donc que l'inscription renouvelée contienne les mêmes indications que l'inscription première. Elle doit contenir une mention de plus, l'indication précise de l'inscription renouvelée, afin que les tiers sachent que c'est une inscription prise en renouvellement de celle qui a conservé l'hypothèque, et ayant, par conséquent, la date de celle-ci. Si cette mention était omise, l'inscription ne vaudrait que comme première inscription, et n'aurait rang que du jour de sa date; le créancier perdrait par conséquent son rang. Cela est rigoureux, mais c'est une conséquence nécessaire de la publicité qui doit garantir pleinement les intérêts des tiers; or les tiers seraient trompés, s'ils étaient primés par une inscription qu'ils devaient considérer comme une inscription première, puisqu'elle ne contenait pas la mention du renouvellement (n°s 117, 118).

538. Si le créancier renouvelle l'inscription dans le délai de quinze ans, il conserve son hypothèque ou son privilége avec le rang et les droits que lui donnait la première inscription; rien n'est changé dans sa situation. Si l'inscription n'est pas renouvelée, son effet cesse (art. 90); elle est censée n'avoir jamais été prise; en ce sens, on dit qu'elle est *périmée*. L'hypothèque et le privilége subsistent, car l'inscription n'est pas une condition de validité du droit, elle est seulement requise pour le rendre public dans l'intérêt des tiers; elle donne donc effet à l'hypothèque et au privilége, entre créanciers et à l'égard des tiers acquéreurs. Cet effet cesse, quand l'inscription est périmée (n°s 120 et 121).

Puisque l'hypothèque et le privilége subsistent, le créancier

pourra prendre une nouvelle inscription, après l'expiration des quinze ans, mais cette inscription n'aura d'effet qu'à compter de sa date; et, de plus, s'il s'agit d'un privilége, le créancier n'a plus qu'une hypothèque, de sorte que l'hypothèque attachée au privilége subsiste, mais le privilége est éteint. L'article 37 le dit des priviléges qui se conservent par la transcription, et le motif de décider est le même pour tout privilége ; c'est que le créancier privilégié n'a pas rempli les formalités que la loi prescrit pour la conservation de son droit (n°s 124 et 125).

Il y a des cas où le créancier ne peut plus prendre une inscription nouvelle, c'est quand l'inscription doit être prise dans un certain délai, qui est écoulé au moment où le créancier voudrait inscrire l'hypothèque. Tel est le cas où l'immeuble est aliéné, et où l'acquéreur a fait la transcription. Postérieurement à la transcription, le créancier hypothécaire ne peut plus prendre inscription ; or la première inscription étant périmée, il se trouve dans la situation d'un créancier qui n'a pas encore rendu son hypothèque publique; il n'est plus admis à l'inscrire après la transcription (n° 126).

CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES INSCRIPTIONS.

§ I. *De la radiation.*

Sommaire.

539. Qu'est-ce que la radiation? Quel en est l'objet?
540. La radiation est volontaire ou forcée.

539. La radiation consiste dans l'annotation que le conservateur fait en marge de l'inscription prise sur ses registres que cette inscription est radiée ou rayée en vertu de la mainlevée consentie par le créancier, ou en vertu d'un jugement qui ordonne

la radiation. Ainsi, l'inscription n'est pas effacée; les registres doivent toujours rester intacts (nº 147).

Le propriétaire de l'immeuble grevé d'inscriptions est très-intéressé à ce qu'elles soient radiées. En effet, tant qu'elles subsistent, l'immeuble se vend difficilement, puisque l'acquéreur risque d'être évincé si la charge hypothécaire subsiste; et cette charge assurant au créancier un rang de préférence, le crédit du propriétaire en souffre. De même, un créancier postérieur en rang est intéressé à la radiation des inscriptions qui le priment; car en acquérant un rang plus favorable, sa créance sera d'autant plus avantageuse (nº 148).

540. Aux termes de l'article 92, les inscriptions sont rayées du consentement des parties ou en vertu d'un jugement. La radiation est donc volontaire ou forcée.

Nº 1. DE LA RADIATION VOLONTAIRE.

Sommaire.

541. La radiation se fait par le consentement des parties intéressées.
542. Quelle est la capacité requise pour consentir une radiation?

541. « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées » (art. 91). Il faut le consentement, parce que la radiation est un acte de volonté; mais il ne faut pas le concours de volontés de toutes les parties intéressées pour autoriser le conservateur à radier : la volonté unilatérale du créancier suffit. En fait, ce consentement sera régulièrement précédé d'une convention par laquelle le créancier s'oblige à radier; il en sera ainsi dans tous les cas où le créancier consent à la radiation avant que la créance soit éteinte; il y aura alors ou une convention à titre onéreux, ou une donation, ainsi, dans toute hypothèse, un concours de volontés. Si la créance est éteinte, il n'y a plus lieu à une convention, puisque le créancier est obligé de consentir à la radiation. Dans ce cas, son consentement est un acte unilatéral à tous égards (nº 153).

542. La radiation doit être consentie par la partie intéressée, c'est-à-dire par le créancier ou ses ayants cause, héritiers ou cessionnaires. L'article 92 veut que le cessionnaire justifie de sa qualité par un acte authentique, afin de couvrir la responsabilité

du conservateur. Par la même raison, la loi dispose que le mandat à l'effet de rayer soit authentique (n° 154).

La partie intéressée doit être capable de consentir la radiation. Quelle est la capacité requise? Il faut distinguer. D'ordinaire, la radiation est consentie après que la dette est payée. Dans ce cas, celui qui la consent ne fait que ce qu'il peut être contraint de faire, en supposant que le payement soit valable; par suite, il ne faut aucune capacité, ni de s'obliger ni de disposer; un incapable pourrait consentir la radiation. A plus forte raison, les administrateurs légaux ont-ils qualité pour le faire, toujours dans la supposition que la dette soit valablement éteinte.

Si la radiation est consentie avant l'extinction de la créance, il faut voir quelle convention est intervenue entre les parties intéressées. Quand le créancier renonce à l'hypothèque, il doit avoir la capacité d'aliéner, puisqu'il dispose d'un droit réel immobilier. D'ordinaire, le créancier renonce seulement à son inscription, il conserve son hypothèque. Dans ce cas, il ne doit pas être capable d'aliéner un droit immobilier, mais il dispose indirectement de la créance, puisque, par la radiation de l'inscription, il perd son rang et son droit de suite; par conséquent, il doit avoir la capacité d'aliéner un droit mobilier. Si la renonciation se fait à titre gratuit, les parties intéressées doivent avoir de plus la capacité de donner et de recevoir. Il suit de là que les incapables ne peuvent pas consentir à la radiation tant que la dette subsiste, ni ceux qui administrent les biens d'autrui. Par application de ce principe, la loi décide (art. 92) que le mandat à l'effet de rayer doit être exprès, un mandat général ne suffirait point, puisqu'un pareil mandat donne seulement le pouvoir de faire des actes d'administration (art. 1988); or, dans l'espèce, celui qui consent la radiation renonce indirectement à la créance, ce qui dépasse le pouvoir de l'administrateur (n° 155, 156, 160).

N° 2. DE LA RADIATION FORCÉE.

Sommaire.

543. Dans quels cas les tribunaux doivent-ils ordonner la radiation des inscriptions?
544. Par qui et contre qui la demande doit-elle être formée?
545. Quel est le tribunal compétent?
546. L'inscription ne peut être rayée qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

543. L'article 95 détermine les cas dans lesquels les tribunaux doivent prononcer la radiation sur la demande des parties intéressées. La radiation doit être ordonnée, d'abord lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi ni sur un titre. Il est de principe que le privilége et l'hypothèque n'ont lieu que dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi; si une inscription a été prise sans qu'il existe un privilége ou une hypothèque, elle doit disparaître, car l'inscription sans cause légale est un fait dommageable portant atteinte aux droits des tiers intéressés; ceux-ci doivent donc avoir le droit d'en demander la radiation.

L'inscription doit encore être rayée lorsqu'elle a été prise en vertu d'un titre *irrégulier*, *éteint* ou *soldé*. Il ne suffit pas qu'il y ait un titre, il faut qu'il soit valable; si le contrat ou le testament qui ont constitué l'hypothèque sont nuls, l'inscription est aussi nulle, en ce sens qu'elle tombe si l'acte constitutif est annulé. Le titre peut avoir existé, mais s'il est éteint par l'une des causes qui entraîne l'extinction du privilége ou de l'hypothèque, l'inscription tombe également. L'une de ces causes et la plus fréquente est l'extinction de l'obligation principale : c'est ce que l'article 95 appelle un titre *soldé*, parce que le *payement* est le mode ordinaire d'extinction des obligations.

Enfin, l'inscription doit être rayée lorsque les priviléges ou hypothèques sont effacés par les voies légales, c'est-à-dire la prescription et la purge. La loi traite de cette matière dans des chapitres spéciaux; nous y reviendrons (nos 174, 175 et 178).

544. Par qui la radiation peut-elle être demandée? La loi ne le dit pas, on reste donc sous l'empire du droit commun. Toute personne intéressée a le droit de demander que l'inscription soit

rayée, notamment le débiteur, le tiers acquéreur, les créanciers postérieurs (nº 179).

Contre qui la demande doit-elle être formée? La radiation efface l'inscription prise par le créancier ou à son profit; c'est donc contre lui que l'action en radiation doit être intentée (nº 185).

545. La demande en radiation par action *principale* est portée devant le tribunal « dans le ressort duquel l'inscription a été prise » (art. 94), donc devant le tribunal de la situation des biens (art. 82). Ce n'est pas parce que l'action est réelle, car elle n'a pas pour objet un immeuble ni un droit réel immobilier; c'est parce que l'inscription est prise au bureau de conservation qui se trouve dans le ressort du tribunal. Si l'action est *incidente*, c'est-à-dire si la radiation dépend d'une action principale, on reste sous l'empire du droit commun; le juge de la demande principale sera aussi compétent pour prononcer sur la demande en radiation (nºs 187 et 188).

546. L'inscription ne peut être rayée qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée (art. 92). Il faut donc que la décision judiciaire soit irrévocable. Tant que le jugement peut être révoqué, il y aurait danger de radier l'inscription, puisque le créancier perdrait son rang en vertu d'une décision qui pourrait être réformée, ce qui prouve que la radiation a été faite au mépris de son droit. Il suit de là que si le jugement est par défaut ou susceptible d'appel, la radiation ne pourra se faire qu'après l'expiration des délais de l'opposition ou de l'appel (nº 195).

§ II. *De la réduction.*

Sommaire.

547. On applique à la réduction les principes qui régissent la radiation.

547. La réduction de l'inscription est une radiation partielle, qui se fait soit sur les immeubles grevés d'hypothèque, soit sur la créance hypothécaire. De là suit que les principes qui régissent la radiation s'appliquent aussi à la réduction. Elle est, en général, volontaire. Il n'y a lieu à la radiation forcée qu'en matière d'hypothèque légale, sur la demande du tuteur ou du mari,

dans les cas où l'inscription est excessive (art. 80 et 72). Nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus (1) (nos 199-201).

§ III. *Des formes de la radiation et de la réduction.*

Sommaire.

548. Quelles sont les pièces que le requérant doit présenter au conservateur?

548. Ceux qui requièrent la radiation ou la réduction déposent au bureau du conservateur soit l'expédition de l'acte authentique, ou l'acte en brevet portant consentement, soit l'expédition du jugement » (art. 93). La loi ne dit pas quelles sont les personnes qui peuvent requérir la radiation ou la réduction. Ce sont naturellement les parties intéressées, c'est-à-dire celles au profit desquelles la radiation ou la réduction est consentie ou ordonnée. La loi veut qu'elles présentent au conservateur un acte authentique constatant soit le consentement, en cas de radiation volontaire, soit le jugement, si la radiation est forcée. C'est une garantie pour le conservateur. Celui-ci peut renoncer à cette garantie, ce qui n'empêche pas la radiation d'être valable, pourvu qu'il y ait un acte de mainlevée ou un jugement (nos 203-205).

§ IV. *Effet de la radiation ou de la réduction.*

Sommaire.

549. La radiation ou la réduction éteint-elle l'hypothèque en tout ou en partie?

549. La radiation totale ou partielle a-t-elle pour effet d'éteindre l'hypothèque en tout ou en partie? Il faut distinguer d'abord entre la radiation forcée et la radiation volontaire. Lorsque la radiation est prononcée par les tribunaux (art. 95), l'hypothèque est éteinte, ou elle n'a jamais existé, car ce n'est que dans ces cas que la radiation peut être ordonnée. Quant à la réduction forcée, elle n'a lieu que pour l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées (art. 60 et 72), et cette hypothèque existe toujours, malgré la réduction ou la radiation, puisqu'elle est

(1) Voyez, ci-dessus, nos 467, 491, 492.

fondée sur la loi. Si la radiation est volontaire, tout dépend de la volonté des parties intéressées. Le créancier peut renoncer à l'hypothèque (art. 108), et cette renonciation peut être tacite. Il faut donc voir quelle est l'intention du créancier. Si, en consentant à la mainlevée de l'inscription, il entend renoncer à l'hypothèque, il perd sa garantie hypothécaire. Il est rare que telle soit l'intention du créancier; il faut pour cela que le fait d'où l'on induit la renonciation soit de telle nature qu'on ne puisse pas lui donner une autre interprétation. C'est dire que le consentement à la radiation de l'inscription ne peut pas être considéré comme une renonciation à l'hypothèque; car ce consentement reçoit encore une autre interprétation plus naturelle, à savoir, la renonciation au rang de préférence, ou la renonciation au droit de suite, selon que la renonciation se fait dans l'intérêt d'un créancier hypothécaire ou d'un tiers acquéreur. En règle générale, l'hypothèque subsistera donc; et le créancier pourra prendre une inscription nouvelle, mais cette inscription n'aura effet qu'à partir de sa date, et elle ne pourra pas être opposée au tiers acquéreur si la radiation a été faite dans son intérêt (n[os] 222-223).

CHAPITRE VI.

DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

§ I. *Du droit de suite.*

Sommaire.

550. Qu'est-ce que le droit de suite?
551. Quelle est la situation du tiers détenteur poursuivi par le créancier hypothécaire?
552. Quelles sont les conditions requises pour l'exercice du droit de suite?
553. Le tiers détenteur ne jouit plus du bénéfice de discussion.

550. On appelle tiers détenteur celui qui détient l'immeuble hypothéqué, sans être personnellement obligé; il est *tiers* quant à la dette. S'il peut être poursuivi, c'est comme détenteur de

l'immeuble affecté à l'acquittement d'une créance; le créancier poursuit l'immeuble, il ne poursuit pas la personne. C'est ce qu'on appelle le *droit de suite*, lequel appartient aux créanciers hypothécaires et à ceux qui ont un privilége sur les immeubles. Le droit de suite est une conséquence de la réalité de l'hypothèque et du privilége; l'immeuble qui en est grevé est démembré, et il reste démembré dans les mains de tout possesseur. Voilà pourquoi les créanciers chirographaires n'ont pas le droit de suite; ils n'ont pas de droit dans les biens de leur débiteur, ils n'ont d'action que contre la personne du débiteur, et sur les biens qu'il possède lors de la poursuite (n°s 236-237).

551. Quel est l'objet du droit de suite et quelle est la situation du tiers détenteur, poursuivi par le créancier hypothécaire? L'article 96 répond que les créanciers suivent l'immeuble entre les mains du détenteur, pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. Ainsi le but de leur poursuite, c'est l'expropriation de l'immeuble. Cela détermine la situation du tiers détenteur; il est soumis à l'expropriation, comme détenteur d'un immeuble que les créanciers ont le droit de faire vendre, afin de se faire payer sur le prix d'après leur rang. L'article 97 s'exprime donc inexactement en disant que le tiers détenteur qui ne purge pas demeure *obligé*, comme *détenteur*, à toutes les *dettes* hypothécaires. Le tiers détenteur étant *tiers* à la *dette*, il est impossible qu'il soit *obligé* aux *dettes*; car l'*obligation* est un lien *personnel*, et ce qui caractérise le *tiers détenteur*, c'est précisément qu'il n'est pas tenu *personnellement*. L'article 98 est également mal rédigé; il porte que le tiers détenteur est *tenu* de *délaisser*, sinon de *payer* la dette; or, il n'est pas *tenu* de *délaisser*, et s'il ne délaisse pas, il n'est pas tenu de *payer*. Ce que la loi semble considérer comme une obligation est, au contraire, un *droit*; elle donne un moyen au tiers détenteur d'empêcher l'expropriation dirigée contre lui, c'est de *délaisser*; et s'il veut garder l'immeuble, il en a encore le moyen, c'est de payer les dettes (n° 238).

552. Quelles sont les conditions requises pour l'exercice du droit de suite? Il faut d'abord que le privilége ou l'hypothèque soient inscrits (art. 96). Le privilége et l'hypothèque n'existent à l'égard des tiers que par l'inscription; la raison en est que le droit

de suite n'est qu'un moyen de réaliser le droit de préférence du créancier privilégié ou hypothécaire; or les créanciers qui n'ont pas conservé leur privilége ou leur hypothèque ne peuvent pas réclamer leur droit de préférence (n° 250).

Le créancier inscrit peut poursuivre l'expropriation contre le tiers détenteur; mais la loi exige comme préliminaire de la poursuite un commandement fait au débiteur originaire et une sommation au tiers détenteur (art. 99). Par débiteur *originaire*, on entend le débiteur personnel; toute saisie immobilière doit être précédée d'un commandement à la personne ou au domicile du débiteur; celui-ci est intéressé à prévenir l'expropriation en payant les créanciers, car s'il ne paye pas, le tiers détenteur sera exproprié, et, par suite, le débiteur sera soumis à un recours en garantie et à des dommages et intérêts. Quant à la sommation, qui doit être faite au tiers détenteur, elle a pour objet de le mettre en demeure de prendre un parti, soit de purger s'il est encore dans le délai légal, soit de payer ou de délaisser, s'il veut conserver l'immeuble ou éviter que l'expropriation ne se poursuive contre lui. Faute par lui d'user des droits que la loi lui accorde, les créanciers hypothécaires peuvent faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après le commandement et la sommation (art. 99) (n°s 251, 253-255, 260, 262).

553. D'après le code civil, le tiers détenteur pouvait opposer le bénéfice de discussion au créancier hypothécaire; c'est-à-dire demander que le créancier discutât d'abord les immeubles hypothéqués possédés par le débiteur personnel; mais le tiers détenteur ne pouvait pas se prévaloir de ce bénéfice contre le créancier qui avait un privilége ou une hypothèque spéciale (art. 2170, 2171). Les auteurs de la loi belge n'ont pas maintenu le bénéfice de discussion; il n'avait plus de raison d'être dans le système de la loi nouvelle, qui n'admet que des hypothèques spéciales; il faut ajouter que ce bénéfice était contraire aux principes, puisque le créancier qui a une hypothèque sur tous les biens de son débiteur, a le droit d'exproprier tel bien qu'il veut choisir (n° 263).

§ II. *Droits du tiers détenteur.*

N° 1. DU DROIT DE PAYER.

Sommaire.

554. En quelle qualité le tiers détenteur paye-t-il? et que doit-il payer?

554. Le tiers détenteur a la faculté de payer les dettes pour la garantie desquelles l'immeuble est grevé d'hypothèque. Nous avons dit que c'est un droit pour lui (1), et non une obligation, comme semble le dire la loi (art. 97). Il paye, non comme débiteur, mais comme tiers détenteur et, par suite, il est subrogé aux droits des créanciers (art. 1251, 3°). L'article 97 ajoute qu'il jouit des termes et délais accordés au débiteur; quand la dette est à terme, le créancier ne peut en exiger le payement, et il n'a point contre le tiers détenteur un droit qu'il n'a pas contre le débiteur personnel (n° 271).

L'article 98 porte que le tiers détenteur qui use de ce droit est tenu de payer les dettes intégralement, capitaux et intérêts, à quelque somme qu'ils puissent monter. Il doit payer ce que le créancier a le droit de poursuivre par l'acte hypothécaire, puisque le but du payement est d'éteindre l'hypothèque. Or, le créancier peut réclamer non-seulement le capital, mais aussi les intérêts conservés par l'inscription, et ceux qu'il aurait conservés par des inscriptions spéciales. Quant aux intérêts non conservés, il ne peut les poursuivre hypothécairement, donc le tiers détenteur ne doit pas les payer (2) (n°s 272 et 274).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 551.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 529.

N° 2. DU DÉLAISSEMENT.

Sommaire.

555. Si le tiers détenteur ne paye pas les dettes hypothécaires, il a encore le droit de délaisser l'immeuble. On entend par *délaissement* l'abandon de la détention de l'immeuble hypothéqué; le tiers détenteur qui délaisse reste propriétaire et possesseur, mais il cesse d'être détenteur; de sorte que l'expropriation ne peut pas être poursuivie contre lui; il est créé à l'immeuble un curateur par lequel la vente est poursuivie. Le tiers détenteur est intéressé à ce que l'expropriation ne se fasse pas contre lui, puisque son crédit peut en souffrir dans l'opinion du public, qui ignore si le détenteur de l'immeuble est poursuivi comme débiteur ou comme tiers détenant l'héritage hypothéqué; il a encore intérêt à se soustraire aux ennuis et aux embarras d'une procédure où il ne figure pas comme partie. Voilà pourquoi la loi lui permet d'abandonner l'immeuble aux créanciers; pour atteindre ce but, il suffit que la détention leur soit abandonnée, il n'est pas nécessaire que la propriété ou la possession leur soit transmise (n° 275).

556. « Le délaissement se fait au greffe du tribunal de la situation des biens » (art. 102). C'est une espèce de publicité qui est donnée au délaissement dans l'intérêt du tiers détenteur. De plus l'acte de délaissement reçu par le greffier doit être signifié au créancier poursuivant, afin qu'il sache qu'il ne peut plus poursuivre le tiers détenteur, et qu'un curateur doit être nommé pour l'immeuble délaissé (n°s 276-277).

557. Quand le délaissement doit-il se faire? L'article 99 dit que le tiers détenteur est obligé de payer ou de délaisser et que, faute par lui de remplir l'une de ces obligations, tout créancier a droit *de faire vendre sur lui* l'immeuble hypothéqué *trente jours* après commandement fait au débiteur et sommation faite au tiers détenteur. Il suit de là que, trente jours après la sommation, les

créanciers hypothécaires ont le droit de poursuivre l'expropriation contre le tiers détenteur; celui-ci ne peut plus entraver l'exercice de ce droit en délaissant l'immeuble; il a eu trente jours pour prendre un parti; s'il n'a pas délaissé à l'expiration de ce délai, il y a droit acquis pour les créanciers de poursuivre l'expropriation sur lui (nº 278).

558. Qui peut délaisser? L'article 100 répond que le délaissement peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas *personnellement obligés à la dette,* et qui ont *la capacité d'aliéner.* Pourquoi le débiteur personnel ne peut-il pas délaisser? Le délaissement a pour objet d'exempter le détenteur de l'expropriation; cela suppose que le détenteur ne peut être poursuivi hypothécairement que parce qu'il détient un immeuble hypothéqué à la dette; en le délaissant, il ne peut plus être poursuivi. Or, s'il est obligé personnellement, il peut toujours être poursuivi; vainement délaisserait-il l'immeuble; en vertu du lien personnel qui l'oblige à payer, les créanciers auraient néanmoins le droit de le poursuivre et de l'exproprier de l'immeuble hypothéqué, comme de tous ses biens; il n'a qu'un moyen de s'affranchir de ces poursuites, c'est de payer. Tels sont le codébiteur solidaire et la caution qui deviendraient acquéreurs de l'immeuble hypothéqué; ils sont tenus, en vertu d'un lien personnel, donc sur tous leurs biens et indéfiniment jusqu'à l'extinction de la dette. Donc ils ne peuvent pas délaisser. Les héritiers et autres successeurs universels sont débiteurs personnels, mais seulement pour leur part héréditaire; quand ils l'ont acquittée, ils cessent d'être débiteurs, et, par conséquent, ils pourront délaisser (nºs 284, 285, 287).

L'article 101 dit que le tiers détenteur qui reconnaît l'obligation en cette qualité seulement peut néanmoins délaisser. Nous dirons plus loin que le créancier a le droit d'exiger une reconnaissance du tiers détenteur, afin d'empêcher ou d'interrompre la prescription; par l'acte récognitif le tiers détenteur déclare que l'immeuble est grevé d'une hypothèque; il ne devient pas débiteur personnel par cette reconnaissance, donc il peut délaisser. Il en serait de même, dit la loi, s'il avait été condamné comme tel; si le tiers refuse de reconnaître l'existence de l'hypothèque, le créancier peut l'y contraindre; le jugement qui condamne le tiers détenteur ne le condamne pas comme débiteur, il

constate seulement qu'il est tiers détenteur, or comme tel il peut délaisser (n° 290).

559. L'article 100 exige une seconde condition pour que le tiers détenteur puisse délaisser, c'est qu'il soit capable d'aliéner. Il est difficile d'expliquer cette condition. Celui qui délaisse n'abdique ni la propriété ni la possession de l'immeuble hypothéqué; s'il n'aliène pas, pourquoi la loi veut-elle qu'il ait la capacité d'aliéner? On dit que le délaissement conduit à l'aliénation; cela n'est pas exact, l'aliénation est la suite de l'expropriation poursuivie par le créancier hypothécaire; le seul effet du délaissement est que la procédure se fait contre un curateur; mais que le tiers délaisse ou ne délaisse pas, l'immeuble sera exproprié. Toujours est-il que les incapables ne peuvent pas délaisser, sauf en remplissant les conditions et les formes prescrites pour l'aliénation. Il en est de même de ceux qui administrent les biens d'autrui; ils ne peuvent pas délaisser, parce qu'ils n'ont pas le pouvoir d'aliéner (n°s 294-295).

560. Quel est l'effet du délaissement quant à la translation de la propriété? Le délaissement n'est que l'abandon de la détention; le tiers détenteur reste propriétaire jusqu'à l'adjudication. De là suit que l'immeuble périt pour lui, en vertu du principe que la chose périt pour son propriétaire. Jusqu'à l'adjudication, il peut reprendre l'immeuble, et empêcher l'expropriation, en payant toute la dette et les frais (art. 101). Si l'immeuble est vendu, et qu'il reste un reliquat après le payement des dettes, il appartient au tiers détenteur, car c'est sa chose qui a été vendue (n°s 296-299).

N° 3. DROITS ET OBLIGATIONS DU TIERS DÉTENTEUR.

Sommaire.

561. Quel est le droit des créanciers quant aux détériorations qui procèdent du fait du tiers détenteur?

562. Quelle est l'obligation des créanciers quant aux impenses faites par le tiers détenteur?

563. Quel est le droit des tiers détenteurs et des créanciers quant aux fruits?

564. Quel est l'effet de l'expropriation sur les droits qui avaient été éteints par confusion?

565. Quel est l'effet de l'expropriation quant aux hypothèques consenties par le tiers détenteur?

566. Quel est le droit du tiers détenteur évincé?

561. « Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité » (art. 103). Cette disposition n'est pas un effet du délaissement, comme on pourrait le croire d'après la classification du code, c'est une conséquence de l'hypothèque qui grève le bien acquis par le tiers détenteur. L'hypothèque démembre la propriété, en ce sens que le débiteur ne peut rien faire qui diminue la garantie hypothécaire du créancier. L'immeuble ainsi démembré passe dans les mains du tiers détenteur; celui-ci ne peut pas plus que le débiteur nuire aux créanciers hypothécaires. Vainement dirait-on que le tiers détenteur est propriétaire et qu'à ce titre il peut user et abuser; cela est vrai de la propriété entière, cela n'est pas vrai de la propriété démembrée. Il faut donc appliquer au tiers détenteur ce que nous avons dit du débiteur (1) (n° 301).

562. « Le tiers détenteur ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration » (art. 103). Cette disposition n'est pas non plus un effet du délaissement, elle est applicable à tout tiers détenteur, sans distinguer si l'expropriation se fait contre lui ou contre un curateur; mais il ne peut réclamer d'indemnité que lorsque l'adjudication est prononcée, parce que c'est seulement à ce moment que les créanciers profitent de ses travaux. Pourquoi les créanciers doivent-ils une indemnité au tiers détenteur? Par un motif d'équité : notre loi prend toujours l'équité en considération; le tiers détenteur enrichit les créanciers par ses travaux; s'ils ne l'indemnisaient pas, ils s'enrichiraient à ses dépens sans cause (n° 304).

Ce principe détermine l'étendue de l'obligation qui incombe aux créanciers : ils doivent rembourser les impenses jusqu'à concurrence du profit qu'ils en retirent. Cela exclut d'abord les impenses dites voluptuaires; s'il n'en résulte aucune plus-value, le tiers détenteur ne peut rien répéter de ce chef. Quant aux dépenses utiles, le texte ne laisse aucun doute; les créanciers ne sont tenus que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration. Restent les dépenses nécessaires : la restriction que la loi fait pour les améliorations doit-elle s'appliquer aux travaux de conservation? Pothier enseignait que le tiers détenteur pou-

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 417-419.

vait réclamer ses dépenses intégrales, quelle que fût la plus-value. A notre avis, cette opinion doit encore être suivie ; en effet, on peut dire que les créanciers s'enrichissent de toute la dépense, puisque, sans les travaux de conservation, la chose eût péri. Le texte n'est pas contraire, puisqu'il distingue entre les *impenses* et les *améliorations,* et la restriction concernant le montant de l'indemnité ne s'applique qu'aux améliorations (nos 305, 306, 307).

563. « Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de délaisser ou de payer » (art. 104). En principe, les fruits appartiennent au propriétaire (art. 547). A ce titre, le tiers détenteur y a droit. Mais il y a un autre principe en vertu duquel les créanciers hypothécaires ont droit aux fruits, comme accessoire du fonds hypothéqué. Il faut donc voir à quel moment naît le droit des créanciers sur les fruits. Tant que les créanciers n'agissent pas contre le tiers détenteur, celui-ci conserve son droit de jouissance tel que l'avait le débiteur ; il fait les fruits siens. Mais du moment que les créanciers exproprient l'immeuble, ils ont droit aux fruits pendants qui se confondent avec l'immeuble ; et ce droit existe dès que la procédure en expropriation est commencée, par application du principe que le demandeur doit obtenir du jour de la demnade ce qu'il aurait obtenu si le juge avait pu immédiatement décider la contestation. Reste à fixer quel est le commencement de l'expropriation. La loi décide que c'est le jour où les créanciers font au tiers détenteur sommation de délaisser ou de payer (nos 310 et 311).

L'article 104 ajoute : « Si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, le tiers détenteur doit les fruits à compter de la nouvelle sommation qui lui sera faite. » Après trois ans, la sommation est périmée, c'est-à-dire qu'elle est censée n'avoir pas été faite ; il n'y a donc pas eu de procédure en expropriation, par conséquent on reste dans le droit commun, en vertu duquel les fruits appartiennent au propriétaire. Les créanciers devront faire une nouvelle sommation s'ils veulent poursuivre l'expropriation de l'immeuble ; c'est à partir de cette sommation que les fruits seront dus par le tiers détenteur (no 312).

564. L'article 103 règle l'effet de l'expropriation quant aux droits éteints par confusion. On suppose que le tiers détenteur

avait des servitudes ou autres droits réels sur l'immeuble dont il a fait l'acquisition. Ces droits s'éteignent par confusion, du moment où le tiers devient propriétaire, car le propriétaire ne peut pas avoir de droit réel sur sa propre chose. Quand le tiers détenteur est exproprié, ces droits renaissent (art. 105). La raison en est que la confusion réelle, de même que la confusion personnelle, n'éteint pas les droits définitivement; elle empêche seulement celui à qui ils appartiennent de les exercer, parce qu'il y a impossibilité d'avoir sur un fonds un démembrement de propriété, alors que l'on a la toute propriété de l'immeuble. Dès que cette impossibilité cesse, les droits qui grevaient le fonds au profit de l'acquéreur peuvent être exercés. La loi s'exprime mal en disant que ces droits *renaissent* ou revivent, car en réalité ils n'ont jamais été éteints, il y avait seulement impossibilité de les exercer; cette impossibité cessant, l'exercice des droits reprend son cours (n° 314).

La loi s'exprime encore mal en disant que les droits renaissent à partir du délaissement. Le tiers détenteur reste propriétaire jusqu'à l'adjudication; donc, jusqu'à ce moment, la cause de la confusion subsiste; c'est seulement à partir de l'adjudication que le tiers détenteur cesse d'être propriétaire; ce n'est donc qu'après l'adjudication que le détenteur reprend l'exercice de ses droits (n° 315).

565. Quel est l'effet de l'expropriation en ce qui concerne les hypothèques consenties par le tiers détenteur? Ces hypothèques subsistent, puisque le tiers détenteur a été propriétaire, il a donc eu le droit d'hypothéquer l'immeuble. L'expropriation ne porte pas atteinte à ces hypothèques; c'est une vente forcée, or l'aliénation laisse subsister les droits réels qui grèvent le fonds : il est vendu dans l'état où il se trouve, démembré par les droits dont il est grevé. Quel est le rang des hypothèques constituées par le tiers détenteur? C'est celui que leur donne l'inscription. L'article 105, § 2, le dit, et cela allait sans dire, puisque c'est l'application des principes élémentaires de droit (n° 317).

566. Le tiers détenteur qui est poursuivi hypothécairement subit une éviction, quel que soit le parti qu'il prenne. Cela est d'évidence quand il se laisse exproprier : qu'il délaisse ou non, il est toujours évincé. Il est évincé alors même qu'il se porte adjudicataire, car s'il conserve la propriété, ce n'est pas en vertu de son contrat d'acquisition; le vendeur n'a donc pas rempli l'obligation

qu'il avait contractée de le rendre propriétaire; s'il reste propriétaire, c'est en vertu d'une nouvelle acquisition ; par conséquent, il est évincé. Par la même raison, il est évincé s'il paye les dettes hypothécaires (n° 319).

Quel est le droit du tiers détenteur qui subit l'éviction (art. 106)? Il a toujours une action contre le débiteur personnel, en vertu de la subrogation légale établie par l'article 1251, 3°. En effet, il est tenu, comme détenteur, au payement de la dette, soit qu'il se laisse exproprier, soit qu'il paye pour éviter l'expropriation : il a donc intérêt à payer, et il paye soit directement, soit indirectement, partant il est subrogé. Quant au principe et aux effets de la subrogation, nous renvoyons au titre des *Obligations* (1) (n° 321).

Le tiers détenteur peut encore avoir l'action en garantie : on applique également le droit commun. S'il est acquéreur à titre onéreux, il a droit à la garantie en cas d'éviction. Le donataire n'a pas de recours contre le donateur en cas d'éviction, à moins que, par exception, le donateur ne soit tenu de la garantie. Si le donateur lui-même avait droit à la garantie, il transmettrait son droit au donataire (n° 320).

CHAPITRE VII.

DE LA TRANSMISSION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Sommaire.

567. Les priviléges et hypothèques se transmettent avec la créance, en vertu de la subrogation ou de la cession.
568. Les priviléges et hypothèques peuvent-ils être transmis sans la créance à laquelle ils sont attachés? *Quid* de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme?
569. Système de la loi belge. La femme ne peut renoncer à son inscription directement au profit de son mari ; elle le peut indirectement.
570. Quel est l'effet de cette renonciation?
571. La renonciation peut être expresse ou tacite.
572. La femme ne peut pas renoncer à son hypothèque, ni la céder, ni y subroger, sans la créance à laquelle l'hypothèque est attachée.

567. Les priviléges et hypothèques sont des accessoires de la créance au payement de laquelle ils sont affectés. Ils se trans-

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 25, nos 32, 33; p. 32, n° 44; p. 36, nos 46-48.

mettent avec la créance à tous ceux qui ont le droit de l'exercer, en vertu du principe que l'accessoire suit le principal. Les articles 1250 et 1592 appliquent le principe à la subrogation et à la cession : le subrogé et le cessionnaire exercent les priviléges et hypothèques attachés à la créance (nº 322).

568. Les priviléges et hypothèques peuvent-ils aussi se transmettre séparément sans les créances dont elles sont un accessoire? La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative, en validant la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, ce qui comprend la cession de cette hypothèque, indépendamment de la créance de la femme. A notre avis, on ne peut pas détacher un droit accessoire que la loi ou la convention a créé pour la garantie d'une créance principale. Quand l'hypothèque est conventionnelle, elle est affectée à une créance déterminée par la volonté des parties contractantes, l'une des parties ne peut, sans la volonté de l'autre la détacher de la créance pour l'attacher à une autre créance. Bien moins encore cela peut-il se faire pour l'hypothèque légale, qui est une préférence accordée à une personne, à raison de son incapacité. Conçoit-on qu'un tiers jouisse d'une préférence créée par la loi dans l'intérêt d'un incapable? (nº 324).

Les praticiens ont imaginé le système que nous combattons pour échapper aux conséquences funestes de l'hypothèque générale que le code civil accorde à la femme. Cette hypothèque frappait les biens présents et à venir du mari, et elle était indéterminée quant au montant des droits de la femme; il en résultait que les tiers acquéreurs et les tiers créanciers n'avaient aucune sécurité, ils risquaient d'être évincés ou primés par la femme pour des créances dont ils ne connaissaient pas le montant. Le crédit du mari en souffrait; pour garantir les tiers, on imagina de faire intervenir la femme dans les contrats où le mari figurait comme vendeur ou débiteur : la femme subrogeait les tiers à son hypothèque, ou elle leur cédait son hypothèque, ou elle y renonçait. De cette manière, les droits des tiers étaient garantis, mais aux dépens de la femme (nº 325).

569. C'était corriger une mauvaise loi par une pratique illégale. La loi belge a rendu cette pratique à peu près inutile. L'hypothèque de la femme est spéciale; les tiers connaissent le montant de ses droits par l'inscription; dès lors il n'y a plus de raison

d'annuler l'hypothèque de la femme, dans l'intérêt des tiers. Quant au mari, il est vrai que son crédit sera amoindri par les inscriptions de la femme; mais il en est de même de toute hypothèque (n° 326).

Le législateur belge a fait plus; il autorise la femme à renoncer aux inscriptions prises en sa faveur, dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari. C'est rejeter implicitement la pratique que la jurisprudence avait consacrée. L'article 71 défend à la femme de renoncer directement à ses inscriptions au profit de son mari; ce qui implique qu'elle peut le faire indirectement. C'est en ce sens que les auteurs de la loi l'ont expliquée. Ils n'ont pas voulu que la femme renonçât directement, au profit du mari, au bénéfice de son inscription, parce que ces renonciations s'obtiendraient trop facilement, et dépouilleraient la femme des garanties que la loi a voulu lui accorder. Mais la femme peut renoncer, dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari, comme acquéreurs ou créanciers, ce qui se fait indirectement au profit du mari, puisque c'est la condition sous laquelle les tiers consentent à acheter ou à prêter. La renonciation de la femme a, dans ce cas, un objet déterminé, ce qui permet d'en apprécier la nécessité ou l'utilité; c'est pour augmenter le crédit du mari que la femme renonce, et si le mari gère avec intelligence, le crédit dont il jouira profitera à la femme et aux enfants (nos 327, 328).

570. Quel sera l'effet de la renonciation? La femme renonce aux effets de l'inscription. Ainsi, elle perd son rang si elle renonce à l'inscription au profit d'un créancier hypothécaire; elle sera primée par le créancier au profit duquel elle a renoncé à son inscription. Celle-ci n'est pas effacée, la renonciation n'est pas une mainlevée de l'inscription; elle est essentiellement individuelle, d'où suit qu'elle n'a d'effet qu'au profit de celui dans l'intérêt duquel elle est faite; l'inscription subsiste à l'égard des autres parties intéressées (nos 329, 330).

La femme peut aussi renoncer au bénéfice de son inscription au profit d'un tiers acquéreur. Dans ce cas, elle renonce à l'effet que son inscription produit contre les tiers détenteurs, c'est-à-dire au droit de suite. La femme ne pourra pas exproprier l'acquéreur à l'égard duquel elle a renoncé à l'inscription; mais si un autre créancier poursuivait l'expropriation, elle pourrait se

présenter à l'ordre, car elle n'a point renoncé à son inscription à l'égard des autres créanciers, et toute renonciation est de la plus stricte interprétation (n° 332).

571. La renonciation peut être expresse ou tacite. Pour qu'il y ait renonciation tacite, il faut que le fait d'où on l'induit ne puisse pas recevoir une autre interprétation que celle de la volonté qu'a la femme de renoncer à son inscription. Tel est le concours de la femme dans l'acte d'emprunt ou de vente où son mari figure comme emprunteur ou comme vendeur; la femme n'a aucune qualité pour intervenir dans un acte où son mari contracte une obligation; son concours à l'acte ne peut avoir qu'une seule explication, c'est que, sur la demande du tiers créancier ou acheteur, elle est intervenue pour renoncer à son inscription dans l'intérêt du tiers, lequel n'aurait pas traité avec le mari, si la femme n'avait pas renoncé, en sa faveur, à l'inscription prise sur les biens du mari (nos 334, 335).

572. Tel est le seul droit que la loi belge donne à la femme; nous en concluons que les conventions connues sous le nom de subrogation à l'hypothèque, de cession d'hypothèque ou de renonciation à l'hypothèque seraient nulles. Il est certain que la femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale, car l'incapable ne peut jamais renoncer à une garantie que la loi lui donne à raison de son incapacité. Et il est également certain que la femme ne peut pas faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement. Donc elle ne peut se dépouiller de sa garantie hypothécaire en la cédant, sans céder la créance à laquelle l'hypothèque est attachée, car il en résulterait qu'elle ne jouirait plus pour cette créance de la protection que la loi a voulu lui assurer. Il n'y a qu'une exception à ce principe, c'est celle que l'article 71 consacre : la femme peut renoncer au bénéfice de son inscription par une convention spéciale au profit d'un tiers créancier ou d'un tiers acquéreur. L'exception confirme la règle, et elle est de la plus stricte interprétation, puisqu'elle déroge à des dispositions qui sont d'ordre public (nos 338, 339 *bis*, 348).

CHAPITRE VIII.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Sommaire.

573. « Les priviléges et hypothèques s'éteignent 1° par l'extinction de l'obligation principale » (art. 108). Ce sont des garanties accessoires ayant pour objet d'assurer le payement de l'obligation principale; or, il ne peut plus être question d'un droit accessoire quand le droit principal est éteint, et une garantie ne se conçoit plus quand il n'y a plus de créance. Il faut que l'extinction soit complète; si l'obligation principale n'est éteinte qu'en partie, la dette subsiste et, par suite, la garantie hypothécaire; c'est une conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque et du privilége (n°s 357, 359).

Le principe s'applique à tout mode d'extinction des obligations, notamment à la prescription. Quelle que soit la durée de la prescription, dès que l'obligation principale est éteinte, les garanties accessoires n'ont plus de raison d'être. Il en résulte que l'hypothèque légale du mineur est éteinte après dix ans, à compter de la majorité (art. 475) (n° 358).

574. 2° « Par la renonciation du créancier » (art. 108, 2°). Le créancier peut renoncer à une garantie qui n'est établi qu'en

sa faveur, pourvu qu'il soit capable. L'hypothèque légale ne peut pas s'éteindre par la renonciation du créancier, parce qu'elle est d'ordre public. Nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus (1). Il ne peut y avoir de renonciation qu'à l'hypothèque conventionnelle ou testamentaire. Quelle capacité le créancier doit-il avoir? L'hypothèque est un droit réel immobilier; renoncer à l'hypothèque, c'est donc disposer d'un immeuble; par conséquent, le créancier doit avoir la capacité d'aliéner un immeuble. Il suit de là que la femme séparée de biens, qui a le droit de disposer de son mobilier, ne pourrait pas renoncer à l'hypothèque qui garantit une créance mobilière, car le droit hypothécaire est immobilier, et la femme séparée ne peut pas disposer de ses immeubles (n°s 372 et 373).

La renonciation peut être expresse ou tacite. C'est le droit commun; on applique les principes que nous venons de rappeler en traitant de la renonciation à l'inscription de la femme mariée (2). Le créancier consent à la vente de l'immeuble hypothéqué; ce consentement implique une renonciation quelconque, car le consentement du créancier n'est pas requis pour que le débiteur puisse aliéner. Quand il s'agit d'une femme mariée, son concours à l'acte est une renonciation au droit de suite ou au rang que lui donne l'inscription, ce n'est pas une renonciation à l'hypothèque, puisqu'elle ne peut pas y renoncer. Quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle ou testamentaire, la renonciation du créancier peut avoir pour objet soit de renoncer au droit de suite, en conservant l'hypothèque et même l'inscription à l'égard des autres créanciers, soit de renoncer à l'hypothèque; le juge décidera d'après les circonstances de la cause et, dans le doute, il se prononcera pour l'interprétation restrictive. Il y a encore une renonciation tacite quand le créancier concourt, comme partie, à l'acte par lequel le débiteur concède une nouvelle hypothèque sur l'immeuble; cette renonciation peut être, ou une renonciation au rang que donne l'inscription, ou à l'hypothèque même; le tribunal décidera et, dans le doute, il n'admettra qu'une simple renonciation au rang de priorité (n°s 374-376).

575. 3° « Par l'effet des jugements, dans les cas prévus par

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 467 et 486.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 571.

les §§ 1 et 2 de la section 1re du chapitre III. » Cela n'est pas exact. Les dispositions auxquelles la loi renvoie concernent l'hypothèque légale du mineur et de la femme mariée. Quand les inscriptions sont excessives, le tuteur et le mari peuvent, dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi, demander la réduction des inscriptions et même la radiation. Mais la réduction ou la radiation de l'inscription laisse subsister l'hypothèque légale. Il ne peut donc être question de l'extinction de l'hypothèque (n° 381).

576. 4° « Par la cause énoncée au § 2 de l'article 82. » Cela n'est pas non plus exact. Les priviléges et hypothèques doivent être inscrits après le décès du débiteur dans le délai de trois mois ; si l'inscription n'a pas été prise dans ce délai, l'hypothèque devient inefficace, puisque tous les effets de l'hypothèque dépendent de l'inscription, mais l'hypothèque subsiste néanmoins ; la loi a donc tort de dire qu'elle est éteinte (n° 382).

577. 5° Les priviléges et hypothèques s'éteignent par la purge. La loi en traite dans un chapitre à part.

578. 6° « Par la prescription. » L'hypothèque, comme tout droit, s'éteint par la prescription. Pour l'application du principe, il faut distinguer. Si l'immeuble hypothéqué se trouve encore dans les mains du débiteur, les priviléges et hypothèques s'éteignent par le laps de temps qui éteint l'obligation personnelle. Il n'y a pas, dans ce cas, de prescription spéciale pour le droit hypothécaire ; l'hypothèque se confond avec le droit principal qu'elle est destinée à garantir. L'action du créancier contre son débiteur est une action personnelle, garantie par une hypothèque ; il n'exerce pas deux actions contre lui ; il y a ouverture à la poursuite hypothécaire, comme conséquence de l'action personnelle. De là suit qu'à l'égard du débiteur le créancier n'a qu'un droit à conserver, son droit personnel ; il conserve, par cela même, le droit réel qui y est attaché (nos 384-386).

Il n'en est pas de même quand le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué, les deux droits se divisent dans ce cas ; le créancier a une action personnelle contre le débiteur, et une action hypothécaire contre le tiers détenteur. Ces deux actions sont distinctes, parce qu'elles s'intentent contre des personnes différentes, et qu'elles ont un objet différent ; donc chacune d'elles se pres-

crit d'après les règles qui régissent la prescription. La durée de l'action personnelle est, en général, de trente ans. Elle peut être beaucoup moindre : telle est l'action du mineur contre son tuteur, qui se prescrit par dix ans. L'action hypothécaire se prescrit toujours par trente ans ; la loi belge n'admet pas l'usucapion par dix ou vingt ans, que le code civil permettait au tiers détenteur d'opposer au créancier. Le législateur a craint que les droits du créancier ne fussent compromis par cette courte prescription. Tant que le débiteur paye les intérêts ou les arrérages, le créancier n'a aucune raison d'agir contre le tiers détenteur, et il peut facilement oublier de conserver son droit ; il en résulterait que son hypothèque serait éteinte, quand il aurait intérêt à user de son droit hypothécaire. C'est en ce sens que la loi dit que l'hypothèque n'est éteinte que par la prescription la plus longue des droits immobiliers (n°s 388 et 389).

Le créancier, dans cette seconde hypothèse, a deux droits à conserver, l'action personnelle et l'action hypothécaire. Il doit interrompre la prescription contre le débiteur principal ; si l'obligation principale s'éteint, le créancier perd tout ensemble son droit personnel et son droit hypothécaire. Il doit encore interrompre la prescription contre le tiers détenteur ; s'il ne le fait point, il perdra son hypothèque, bien qu'il ait conservé sa créance principale. Comment se fait l'interruption ? D'après le droit commun, d'abord. L'article 108 dit que les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas la prescription contre le débiteur ni contre le tiers détenteur ; la raison en est que les actes interruptifs doivent s'adresser directement à celui qui est en cours de prescrire, et tel n'est pas le caractère de l'inscription qui a seulement pour objet la publicité du droit hypothécaire. Mais la loi donne au créancier un moyen facile d'interrompre la prescription ; le tiers détenteur peut être contraint de fournir, à ses frais, un titre récognitif de l'hypothèque, à dater de la transcription de son acquisition ; et vingt-huit ans après la date de ce titre, il est tenu de le renouveler, s'il possède encore l'immeuble hypothéqué. Cette reconnaissance interrompt la prescription. Pourquoi les frais sont-ils à charge du tiers détenteur, quoique le titre se donne dans l'intérêt du créancier ? C'est parce que le titre récognitif est devenu nécessaire par un fait qui est

étranger au créancier, et dont il ne doit pas supporter les conséquences, à savoir l'aliénation de l'immeuble. C'est au vendeur et à l'acquéreur de s'entendre sur ces frais (n[os] 389, 395, 399).

579. Il y a des causes d'extinction que la loi n'a pas prévues; elles résultent des principes généraux de droit. Quand l'hypothèque a été consentie par un propriétaire dont les droits sont résolus ou révoqués, elle tombe avec le droit de celui de qui elles procèdent. Dans ce cas, l'hypothèque est considérée comme n'ayant jamais existé. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (1) et au chapitre de la *Transcription*, ici même (2) (n° 403).

580. L'hypothèque s'éteint quand le créancier hypothécaire acquiert la propriété de l'immeuble hypothéqué. Devenu propriétaire, il ne peut plus avoir sur l'immeuble, dont il a la toute propriété, une hypothèque qui est un démembrement de la propriété. L'article 105 consacre implicitement ce principe (3) (n° 404).

581. Les privilèges et hypothèques sont des droits réels, et tout droit réel s'éteint par la perte de la chose qui en est grevée. L'application du principe soulève une difficulté sérieuse. On suppose que l'immeuble grevé de l'hypothèque périt; le propriétaire a une action en réparation du dommage contre une compagnie d'assurances ou contre l'auteur du dommage : les créanciers hypothécaires auront-ils une action sur l'indemnité due au propriétaire? La même question se présente pour les privilèges mobiliers et immobiliers. Elle a été décidée, par l'article 10 de la loi belge, en faveur des créanciers privilégiés et hypothécaires. Il y a un motif d'équité qui est d'évidence; les créanciers n'ont traité avec le propriétaire qu'à raison du droit de préférence que la loi ou la convention leur donnaient sur la chose qui vient à périr; si, à raison de cette chose, le propriétaire reçoit une indemnité, celle-ci remplace, dans le patrimoine du débiteur commun, la chose qui a péri, il est juste que le droit que les créanciers avaient sur la chose soit transporté sur l'indemnité; en ce sens, c'est une subrogation fondée sur l'équité. On peut encore invo-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 464, n[os] 675 et 678.

(2) Voyez, ci-dessus, n[os] 323 et 324.

(3) Voyez, ci-dessus, n° 565.

quer un motif de droit qui, à la rigueur, rend la subrogation inutile. Quand une chose déterminée faisant l'objet d'un contrat translatif de propriété vient à périr par cas fortuit, le créancier, devenu propriétaire en vertu du contrat, a droit à toutes les actions en indemnité qui appartenaient à son auteur et qui lui sont transmises avec la chose (1); or le créancier hypothécaire a un démembrement de la propriété; si la chose vient à périr, l'indemnité due de ce chef lui appartient dans la mesure de son droit. En ce sens les créanciers ont droit à l'indemnité, abstraction faite de toute subrogation (nº 409).

L'article 10 ajoute une réserve ou une condition : « Si la somme due par l'assureur n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré. » Cela implique que l'assureur a le droit de réparer la chose en la remettant dans l'état où elle était avant le sinistre. Par là il remplit son obligation envers l'assuré, puisque celui-ci est complétement indemnisé; et, de leur côté, les créanciers sont désintéressés, puisqu'ils conservent leur gage et leur droit de préférence (nº 410).

Le principe établi par l'article 10 ne s'applique pas seulement en cas d'assurance; aux termes du § 2, il en est de même de l'indemnité qui serait due par des tiers à raison de la détérioration ou de la destruction de la chose grevée de privilége ou d'hypothèque: tels sont les cas de délit et de quasi-délit (art. 1382-1386). Il y a identité de raison (nº 413).

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 85, nº 159.

CHAPITRE IX.

DU MODE DE PURGER LA PROPRIÉTÉ DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

---

§ I. *Notions générales.*

Sommaire.

582. Définition et objet de la purge.
583. Quand le tiers détenteur peut-il ou doit-il purger?
584. Qui supporte les frais de la purge?
585. Qui peut purger?

582. La purge est un moyen d'effacer les priviléges et hypothèques qui grèvent un immeuble; par suite, ces droits sont éteints, comme le dit l'article 108. Il faut ajouter, d'après notre loi hypothécaire, que la purge efface aussi l'action résolutoire qui appartient à certains créanciers privilégiés, notamment au vendeur (n° 414).

L'utilité, pour mieux dire, la nécessité de la purge est incontestable. C'est le seul moyen qui permette d'aliéner des biens grevés d'inscriptions au delà de leur valeur. Si j'achète pour quarante mille francs un immeuble grevé d'inscriptions pour soixante mille francs, quelle sera ma situation? Les créanciers me poursuivent, et me somment de délaisser ou de payer. Payer, je ne le puis, puisque les dettes excèdent de vingt mille francs mon prix. Le délaissement conduit à l'expropriation, aussi bien que l'expropriation qui se poursuivait contre moi. Je serai donc évincé, quelque parti que je prenne. Or, personne n'achète avec la certitude d'être évincé. Que si je me décidais à acheter, je ne donnerais pas à l'héritage les soins qu'exigent sa conservation et surtout son amélioration. L'agriculture en souffrirait ainsi que la richesse publique; il est donc d'intérêt général que les biens puissent être purgés des charges hypothécaires qui en entravent la circulation et en empêchent la bonne exploitation (n° 415).

583. Quand le tiers détenteur peut-il, ou quand doit-il remplir les formalités de la purge? Il faut distinguer. Si les créanciers hypothécaires ne poursuivent pas l'acquéreur, celui-ci peut prendre l'initiative : il a intérêt et droit de libérer l'héritage des charges qui le grèvent. Mais il ne peut le faire qu'après que son acte d'acquisition a été transcrit; jusque-là il n'est pas propriétaire à l'égard des créanciers. Purger est un droit, ce n'est pas une obligation. Le tiers détenteur peut-il toujours user de ce droit? Il le pouvait d'après le code civil; mais ce droit absolu présentait un inconvénient; l'acquéreur choisissait un moment où les propriétés immobilières étaient dépréciées, ce qui entravait ou empêchait le droit qu'ont les créanciers de demander la mise aux enchères de l'immeuble, et ce droit est une garantie essentielle que la loi donne aux créanciers, en cas de purge. La loi belge déroge au code Napoléon, elle veut que l'acquéreur purge dans l'année de la transcription du titre (art. 111); ce délai suffit pour qu'il ait une connaissance exacte de l'héritage, et pour qu'il sache si son intérêt est de purger ou de conserver le bien (n° 416).

Si les créanciers hypothécaires poursuivent le tiers détenteur, il est tenu, dans les trente jours au plus tard à compter de la première sommation qui lui est faite, de faire aux créanciers inscrits les notifications qui sont le préliminaire de la purge (art. 110). Cette première sommation est celle qui met le tiers acquéreur en demeure de prendre un parti. S'il n'use d'aucune des facultés que la loi lui donne de purger, de payer ou de délaisser, c'est qu'il veut se laisser exproprier; par suite, il est déchu du droit de purger, s'il n'en use pas dans les trente jours. Il faut ajouter que le tiers acquéreur ne peut purger sur la poursuite des créanciers que s'il se trouve encore dans le délai d'un an, qui est fixé par la loi pour l'exercice du droit de purge (art. 111). Après un an, la faculté de purger est éteinte, et pendant ce délai, elle est limitée à trente jours, si les créanciers poursuivent le nouvel acquéreur (n° 417).

584. Qui supporte les frais de la purge? L'article 118 suppose que c'est l'acquéreur. C'est, en effet, dans son intérêt que l'immeuble est libéré des charges qui le grèvent. Et, d'un autre côté, il résulte de l'article 1593 que le vendeur ne doit supporter aucuns frais (n° 419).

585. Qui peut purger? Il faut d'abord être acquéreur et tiers détenteur. L'article 109 commence par rappeler un principe élémentaire en disposant que « le cédant ne transmet à *l'acquéreur* que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose cédée; il les transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé ». L'immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques est démembré, et il passe à l'acquéreur tel qu'il était dans les mains du *cédant;* la loi ne dit pas du *vendeur*, parce que le même principe s'applique à la donation et au legs particulier. C'est parce que le *nouveau propriétaire* reste soumis aux charges hypothécaires qu'il a intérêt de purger. La loi se sert des termes les plus généraux pour marquer que *tout acquéreur* peut purger; peu importe qu'il ait acquis à titre gratuit ou à titre onéreux (art. 110, 111, 112) (n° 421).

Il y a une seconde condition; l'acquéreur doit être tiers détenteur (art. 97), c'est-à-dire, qu'il ne doit pas être débiteur personnel. S'il est successeur à titre universel du débiteur, il ne pourra pas purger, pas plus que son auteur ne le pouvait. La purge a pour but et pour effet d'effacer les priviléges et hypothèques en distribuant aux créanciers inscrits le prix ou la valeur de l'immeuble, ce qui met le tiers détenteur à l'abri des poursuites, puisqu'il ne pouvait être poursuivi qu'à raison des priviléges et hypothèques. Il n'en serait pas de même d'un acquéreur tenu personnellement; il ne peut pas se libérer en payant son prix ou la valeur de l'immeuble, puisqu'il est débiteur, et comme tel obligé de payer toute la dette; la purge n'aurait donc aucun intérêt pour lui; c'est dire qu'il ne peut pas purger. Qui est débiteur personnel? Nous avons répondu à la question ci-dessus (1) (n° 422).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 558.

§ II. *Conditions de la purge.*

Sommaire.

586. Quel est le but des notifications que l'acquéreur doit faire aux créanciers inscrits?
587. Quelles sont les mentions que les notifications doivent contenir? Est-ce à peine de nullité?
588. A qui les notifications doivent-elles être faites?
589. L'acquéreur doit s'engager à payer le prix ou la valeur par lui déclarés.

586. La première formalité de la purge consiste dans les notifications que le nouveau propriétaire doit faire aux créanciers inscrits (art. 110). Le but de ces notifications est d'informer les créanciers que l'acquéreur veut purger l'immeuble et de porter à leur connaissance tous les faits qui peuvent les intéresser.

L'acquéreur offre d'acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix, s'il y a vente, ou de la valeur des biens qu'il déclare, quand l'acte en vertu duquel il a acquis la propriété n'est pas une vente. Si les créanciers trouvent que la somme offerte ne représente pas la véritable valeur de l'immeuble, ils peuvent requérir la mise aux enchères publiques. Pour que les créanciers puissent prendre un parti en connaissance de cause, il faut qu'ils aient tous les éléments qui les éclairent sur leur situation. Ont-ils chance d'être payés intégralement? ou ne recevront-ils qu'un payement partiel? ou ne viennent-ils pas en ordre utile? Les notifications leur donneront les renseignements nécessaires, pour qu'ils puissent se décider, soit à accepter l'offre de l'acquéreur, soit à demander la mise aux enchères (n° 443).

587. Les notifications doivent contenir les mentions suivantes (art. 110) :

1° La date du titre de l'acquéreur, le nom et la résidence du notaire qui a reçu l'acte. L'acquéreur ne doit notifier qu'un extrait de son titre, pour éviter les frais d'une expédition. Le titre est ou un acte notarié, ou un acte sous seing privé reconnu devant notaire ou en justice. Pourquoi l'acquéreur doit-il notifier la *date* des actes, ainsi que le *nom* et la *résidence* du *notaire* qui a reçu l'acte ou la reconnaissance, et s'il a été reconnu en justice, le tribunal qui a rendu le jugement? La première chose que les créanciers doivent vérifier, c'est l'authenticité du titre, puisque

la purge ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un titre transcrit, et la loi n'admet à la transcription que les actes notariés ou les actes sous seing privé rendus authentiques (nos 444, 445).

2° La désignation des parties, afin que les créanciers sachent de qui émane l'aliénation ; il n'y a lieu à purge que si l'aliénation a été faite par le débiteur (n° 446).

3° L'indication précise des immeubles, pour que les créanciers puissent vérifier si les biens que l'acquéreur veut purger sont bien ceux sur lesquels ils ont un privilége ou une hypothèque (n° 447).

4° Le prix et les charges faisant partie du prix de la vente. C'est le prix que l'acquéreur offre, les créanciers doivent donc le connaître exactement. D'ordinaire il consiste en une somme d'argent. S'il y a des charges, elles doivent être évaluées; de même si le prix consiste en une rente viagère ou en toute obligation autre que celle de payer un capital fixe. Si le tiers détenteur a acquis la chose à un autre titre que la vente, échange, donation ou legs, il doit évaluer la chose, car c'est la valeur qu'il est tenu d'offrir aux créanciers (art. 113) (nos 448, 449).

5° La mention de la transcription, en indiquant la date, le volume et le numéro. Cette mention facilite aux créanciers les recherches qu'ils veulent faire dans les registres du conservateur; ils y trouvent la copie entière de l'acte dont le nouveau propriétaire ne leur notifie qu'un extrait (n° 450).

6° Un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions, ainsi que l'indication du volume et du numéro de ces inscriptions ; la seconde, les noms des créanciers, et la troisième, le montant des créances inscrites. Ce tableau fait connaître à chaque créancier sa situation à l'égard des autres créanciers inscrits, et, par suite, s'il est primé, par quelle créance il est primé, si à raison du prix offert il sera colloqué en tout ou en partie, ou s'il ne vient pas en ordre utile. C'est d'après ces renseignements qu'il prendra un parti, en acceptant l'offre, ou en requérant la mise aux enchères de l'immeuble (n° 451).

La loi ne dit pas que les formalités qu'elle prescrit doivent être observées à peine de nullité. Il n'y avait pas de raison pour prononcer la nullité des notifications irrégulières, car c'est une ques

tion de fait. Tout ce que les créanciers peuvent exiger, c'est que les notifications les mettent à même de prendre un parti en connaissance de cause; si les renseignements, quoique incomplets, suffisent pour les éclairer, ils n'ont pas le droit de se plaindre; si les mentions sont insuffisantes, le juge annulera les notifications. C'est le système que la loi suit en ce qui concerne la validité des inscriptions (nº 452).

588. A qui les notifications doivent-elles être faites? L'article 110 répond que l'acquéreur doit les faire aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans les inscriptions. Chaque créancier doit recevoir une notification, parce que chacun d'eux a son intérêt à sauvegarder, et chacun d'eux peut requérir la mise aux enchères. Si l'acquéreur négligeait de faire les notifications à l'un des créanciers inscrits, la purge n'aurait aucun effet à son égard, puisqu'il n'a pas pu user des droits que la loi lui accorde, surenchérir et se présenter à l'ordre. Ce principe reçoit cependant une modification dans le cas où le conservateur aurait omis l'un des créanciers dans le certificat qu'il délivre à l'acquéreur; nous reviendrons sur ce point, au chapitre de la *Responsabilité des conservateurs* (nºs 457, 461).

589. L'acquéreur doit encore déclarer dans les notifications qu'il acquittera les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée (art. 113). Cette offre est la condition essentielle de la purge. La purge réalise le droit des créanciers hypothécaires, comme le ferait l'expropriation, et à moindres frais, si l'offre est suffisante. Il est vrai qu'il y aura des créanciers qui ne seront payés que partiellement, ou qui ne viendront pas en ordre utile; mais il en eût été de même en cas d'expropriation; c'est le résultat, non de la purge, mais de la valeur insuffisante de l'immeuble grevé d'hypothèques au delà de sa valeur (nº 462).

L'article 113 dit que l'acquéreur ne peut faire *aucune déduction* de son prix; cela est si évident qu'il paraissait inutile de le dire, les créanciers ayant un droit à la valeur intégrale de l'immeuble, qui est leur gage spécial. Il en résulte que l'acquéreur ne peut pas déduire les bénéfices de *paumée*. On entend par là une prime déterminée par le contrat, laquelle est payée à celui qui fait la première mise lors de l'adjudication et à celui qui enchérit sur

cette mise. Les affiches qui annoncent la vente contiennent d'ordinaire la déclaration qu'elle se fera avec bénéfice de paumée et d'enchères, sur le pied usité. Cet usage existe dans nos provinces et dans le nord de la France; on le considère comme utile au vendeur; mais on ne peut s'en prévaloir contre les créanciers, qui n'interviennent pas dans la vente; ils ont droit à tout le prix, sans déduction aucune (nº 468).

L'article 113, deuxième paragraphe, ajoute que l'acquéreur jouira des termes et délais accordés au débiteur originaire, et qu'il observera ceux stipulés contre le débiteur. La purge ne déroge pas aux conventions qui lient les parties contractantes; s'il y a un terme stipulé pour le payement, on le maintient soit en faveur du débiteur, soit en faveur du créancier. « Sauf, dit l'article 113, disposition contraire dans les titres de créances. » Il va de soi que, dans une matière d'intérêt privé, il est permis aux parties de stipuler ce qu'elles veulent (nº 470).

Le troisième paragraphe de l'article 113 porte : « Les créances non échues qui ne viennent que pour partie en ordre utile seront immédiatement exigibles à l'égard du nouveau propriétaire jusqu'à cette concurrence, et pour le tout à l'égard du débiteur ». Cette disposition se rattache à l'article 1188. Le débiteur est déchu du bénéfice du terme quand par son fait il diminue les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. On demandait, sous le code civil, si l'aliénation des immeubles hypothéqués était une cause de déchéance. L'article 113 décide la difficulté. Lorsque l'acquéreur procède à la purge et que le créancier à terme n'est colloqué que pour une partie de sa créance, c'est une dérogation à la loi du contrat, puisque le créancier reçoit un payement partiel, et c'est par le fait du débiteur qui a aliéné, que le payement divisé a lieu, donc il diminue et altère les droits du créancier, et, par suite, la loi le déclare déchu du terme; le créancier pourra agir contre le débiteur pour tout ce qui lui est dû, et contre le tiers acquéreur jusqu'à concurrence de la collocation (nº 471).

§ III. *Droits des créanciers privilégiés qui ont l'action résolutoire.*

Sommaire.

590. Quel est le droit du créancier? Comment la loi concilie-t-elle ce droit avec l'intérêt de l'acquéreur?

590. Il y a des créanciers qui, outre le privilége, ont une action en résolution du contrat par lequel l'immeuble grevé de charges hypothécaires leur a été transmis : ce sont le vendeur, l'échangiste et le donateur. Le double droit dont ils jouissent compromettait la sécurité des tiers acquéreurs; nous avons dit, en expliquant l'article 28, quel était le vice du code civil, et comment la loi belge y a remédié (1). Pour compléter la garantie des tiers, la loi devait donner un moyen à l'acquéreur d'effacer l'action résolutoire aussi bien que le privilége. Tel est l'objet de l'article 114. La loi ne peut pas refuser au créancier qui en a le droit en vertu de son contrat, de demander la résolution du contrat, mais comme il a en outre un privilége, la loi l'oblige d'opter. Il doit opter entre les deux droits dans les quarante jours à partir de la notification à lui faite, sous peine d'être déchu de l'action en résolution. S'il opte pour le privilége, il renonce par cela même à l'action résolutoire, et la purge se poursuit. S'il opte pour la résolution, il est tenu, sous peine de déchéance, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal devant lequel l'ordre doit être poursuivi. La loi veut que la déclaration se fasse dans les quarante jours, et qu'elle soit suivie, dans les dix jours, de la demande en résolution (nos 480, 481).

A partir du jour où le créancier aura opté pour l'action résolutoire, la purge sera suspendue. La procédure ne pouvait pas continuer, puisque, si la résolution est prononcée, le titre du tiers acquéreur sera résolu; le tiers acquéreur sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; par suite, il ne peut plus être question de purge. En attendant le résultat du procès, il fallait arrêter la procédure en purgement. Si la résolution est prononcée, le titre de l'acquéreur tombe, mais il n'en éprouvera aucun préjudice, puisque celui qui purge a soin de ne pas payer son prix.

(1) Voyez, ci-dessus, nos 432-434.

La résolution est l'effet de la condition résolutoire, qui affectait le titre de son auteur et qui affecte, par conséquent, le sien. L'action résolutoire peut aussi être rejetée, ou le créancier peut y renoncer, pour s'en tenir à son privilége; dans ce cas, la purge sera reprise (n°s 482, 483).

§ IV. *Droit des créanciers de requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques.*

Sommaire.

591. Lorsque le nouveau propriétaire a fait les notifications prescrites par la loi, tout créancier inscrit peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques (art. 115). La purge est la réalisation du droit des créanciers; or, ceux-ci ont droit à la valeur de l'immeuble qui leur sert de gage spécial; ils l'obtiennent par l'engagement que l'acquéreur prend de payer entre leurs mains son prix ou la valeur par lui déclarée. Mais si la somme leur paraît insuffisante, ils doivent avoir le droit, qui appartient à tout créancier, de poursuivre l'expropriation de l'immeuble, en demandant qu'il soit mis aux enchères publiques. La purge se transforme alors en vente forcée, toutefois les frais de l'adjudication sont moins élevés que ceux d'une saisie immobilière. La purge est donc, dans toute hypothèse, favorable aux créanciers (n° 484).

592. La loi dit que tout créancier inscrit peut surenchérir. Elle ne dit pas quelle capacité il faut avoir pour exercer ce droit. Il s'agit de savoir quelle est la nature de la surenchère. A notre avis, ce n'est ni un acte de conservation, ni un acte d'administration. En effet, le créancier qui surenchérit contracte un engagement, c'est de porter le prix à un vingtième en sus de celui qui a été déclaré par l'acquéreur ; cet engagement peut lui être nuisible; dès lors la surenchère n'est pas un acte de conservation. Ce n'est pas un acte d'administration, parce que le créancier qui enchérit exerce un droit hypothécaire, donc un droit immobilier. Il suit de là que l'on doit assimiler la mise aux enchères à un acte de disposition. Voilà pourquoi l'article 115, n° 4, exige un mandat *exprès* pour requérir l'enchère par procuration ; et la loi n'exige un mandat exprès que lorsqu'il s'agit d'un acte de disposition (art. 1988). Par application de ce principe, il faut décider que le tuteur et le mari administrateur légal ne peuvent exercer le droit d'enchère (n°s 498-500).

593. Dans quel délai la surenchère doit-elle se faire? La loi veut que les créanciers surenchérissent dans les quarante jours, à peine de nullité (art. 115), c'est-à-dire de déchéance. C'est pour consolider la propriété dans les mains de l'acquéreur que la loi a organisé la purge ; il faut donc que la procédure soit activée, sinon elle prolongerait l'incertitude de la propriété; car tant que les créanciers n'ont pas pris de parti sur la surenchère, le droit de propriété du tiers détenteur est incertain (n° 503).

« On ajoute au délai de quarante jours un jour par cinq myriamètres de distance entre le domicile *élu* et le domicile *réel* du créancier le plus éloigné du tribunal qui doit connaître de l'ordre. » La loi veut que le créancier ait quarante jours complets pour surenchérir ; or, il ne les aurait pas si, étant éloigné du domicile élu où se fait la notification de l'acquéreur, il ne la recevait qu'un ou plusieurs jours après qu'elle aurait été faite ; il fallait donc augmenter le délai à raison de la distance qui existe entre le domicile élu et le domicile réel. Le délai est augmenté pour tous les créanciers, dès qu'il y en a un éloigné de plus de cinq myriamètres; la loi veut un délai uniforme (n° 503).

594. La surenchère doit contenir la soumission du requérant de porter le prix à un vingtième en sus de celui stipulé dans

le contrat ou déclaré par le propriétaire (art. 115, 2°). Cette condition concilie les intérêts des diverses parties. Les créanciers ont droit à la valeur véritable de l'immeuble, qui est leur gage spécial; de son côté, le nouveau propriétaire a droit de conserver l'immeuble s'il l'a acquis pour le prix courant. Les biens n'ont pas de valeur fixe, on ne pouvait donc pas se contenter de la moindre différence que les créanciers prétendraient exister entre la somme offerte et la valeur réelle de l'immeuble; si la différence est peu considérable, le législateur maintient l'acquisition, car c'est dans ce but qu'il organise la purge. Le chiffre fixé par la loi est nécessairement arbitraire (n° 508).

L'enchère doit porter sur les charges s'il y en a, parce qu'elles font partie du prix; si le prix est de quarante-cinq mille francs, et s'il y a des charges de cinq mille, le prix offert par l'acquéreur sera réellement de cinquante mille francs; c'est sur cette somme que devra porter l'enchère. On ne comprend pas dans le prix les frais du premier contrat; c'est l'acquéreur qui les supporte (art. 1593). La loi ajoute qu'il ne doit être fait aucune déduction préjudiciable aux créanciers; cela résulte de l'objet de l'enchère; si le créancier enchérisseur pouvait faire une déduction quelconque, son enchère ne s'élèverait plus au vingtième. Tels seraient les frais de poursuite et les dépens (n°s 510, 511).

Régulièrement, l'enchère se fait par un créancier. La loi lui permet de présenter une personne qui s'engage à porter le prix à un vingtième en sus. Dès qu'il y a engagement, le but est atteint; bien entendu sous les conditions exigées par la loi (n° 509).

595. La loi ne se contente pas de la soumission du créancier; elle veut qu'il donne caution jusqu'à concurrence de vingt-cinq pour cent du prix et des charges. C'est une garantie nécessaire pour les parties intéressées. Le créancier peut être insolvable; si l'on admettait l'enchère sans sûreté aucune, il y aurait toujours de folles enchères, et, par conséquent, des frais frustratoires qui diminueraient le gage commun. Il résulte du principe même de l'enchère qu'elle doit procurer une augmentation certaine du prix offert par le tiers acquéreur; ce n'est qu'à cette condition que la loi permet de rompre le contrat en vertu duquel le tiers est devenu propriétaire (n° 517).

Pourquoi le cautionnement est-il limité à vingt-cinq pour cent

du prix et des charges? Parce que tel est le préjudice que l'enchère peut causer aux autres créanciers. On suppose que le créancier enchérisseur reste adjudicataire et il ne paye pas. Dans ce cas, il y a lieu à une adjudication nouvelle, dont le montant sera inférieur à celui de la première; c'est cette différence, augmentée des frais qui constitue le préjudice causé par l'enchère, et c'est de ce préjudice que la caution répond (n° 518).

Le cautionnement est, en principe, personnel, et il doit se faire conformément aux articles 2040, 2018 et 2019, auxquels nous renvoyons. La loi belge permet de remplacer la caution par une hypothèque, ou par la consignation d'une somme équivalente aux vingt-cinq pour cent : la garantie est la même (n° 519).

596. Les significations exigées pour la surenchère doivent être faites à toutes les parties intéressées : d'abord, au nouveau propriétaire (art. 115, 1°), dont le droit est menacé par la mise aux enchères : puis, au débiteur principal, parce que ce sont ses créanciers qui agissent, et qu'il est intéressé à prévenir les frais qui retomberont à sa charge. Si le précédent propriétaire n'est pas le débiteur principal, il doit aussi recevoir la signification de l'enchère, puisque la nouvelle adjudication le soumet à un recours en garantie (art. 115, 3°) (n° 523).

L'article 115, 4°, veut que la signification se fasse par huissier, et que l'original et les copies des exploits soient signés par le créancier requérant ou son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration. Les exploits doivent aussi être signés, le cas échéant, par le tiers que le créancier a présenté comme enchérisseur. Il doit y avoir une preuve, par l'acte même, que la surenchère émane de celui qui a droit de la faire (n° 526).

597. L'article 115 ajoute : « Le tout à peine de nullité. » La surenchère est de l'essence de la purge : elle a pour objet, d'une part, de sauvegarder les intérêts des créanciers, et, d'autre part, de garantir le tiers acquéreur contre des enchères qui ne seraient pas sérieuses. De là la rigueur de la loi (n° 521).

598. Quel est l'effet de la surenchère à l'égard des autres créanciers? Elle leur devient commune, en ce sens qu'elle leur profite, et elle peut aussi leur nuire si elle est nulle. La surenchère est faite dans l'intérêt de tous les créanciers, puisqu'elle

profite à tous; si elle ne leur était pas commune, chacun devrait surenchérir, ce qui donnerait lieu à des frais frustratoires (n° 530).

L'article 120 consacre une conséquence du principe; le créancier enchérisseur ne peut pas se désister de la réquisition, quand même il payerait le montant de la soumission; les autres créanciers ont intérêt à ce que l'adjudication se fasse pour profiter de la chance des surenchères. Pour que le désistement empêche l'adjudication publique, il faut que tous les créanciers l'acceptent. Leur consentement peut être exprès ou tacite. La loi dit comment se fait l'acceptation tacite : le créancier qui se désiste somme les autres créanciers de poursuivre l'adjudication dans la quinzaine; s'ils n'y donnent pas suite, l'adjudication n'aura pas lieu, mais l'import de la soumission leur est acquis dans l'ordre de leurs créances. Cela concilie tous les intérêts; s'il n'y a pas de probabilité de nouvelles enchères, l'adjudication est inutile (n° 532).

599. La réquisition du créancier tend à ce que l'immeuble soit remis aux enchères publiques. Les formes ont été réglées par la loi du 15 août 1854. La vente se fait devant un notaire nommé par le jugement qui reçoit la caution (art. 98 et suiv.) (n°s 537, 541).

600. Le tiers détenteur peut se rendre adjudicataire. Doit-il transcrire l'acte d'adjudication en vertu de l'article 1er de la loi hypothécaire? L'article 119 décide la question négativement. La raison en est qu'il n'y a pas de mutation de propriété; le tiers détenteur reste propriétaire, et il n'a jamais cessé de l'être (n° 542).

L'article 121 porte que l'acquéreur qui se rend adjudicataire a son recours tel que de droit contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour l'intérêt de cet excédant, à compter du jour de chaque payement. C'est une conséquence de l'éviction que subit l'acquéreur qui ne conserve la propriété de l'immeuble qu'en se portant adjudicataire; étant évincé, il a droit à la garantie, et par suite aux dommages-intérêts (n° 542).

601. Quand c'est un tiers qui se rend adjudicataire, il doit transcrire son titre, puisque, dans ce cas, il y a transmission de propriété. L'acquéreur étant évincé, il aura son recours tel que de droit, comme s'il avait été exproprié sur la poursuite des créanciers hypothécaires, et, en réalité, il est dépossédé, comme le dit l'article 118, par suite du droit hypothécaire des créanciers

qui ont requis la mise aux enchères. Il faut donc lui appliquer ce que nous avons dit du tiers détenteur (1). La loi contient une disposition spéciale quant aux frais; l'adjudicataire est tenu de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription, ceux de notification et ceux faits par lui pour parvenir à la revente. Ces frais sont à charge de l'adjudicataire, par application de l'article 1593, qui impose à l'acheteur les frais de vente; or, c'est par la purge que l'adjudicataire est devenu propriétaire; il doit donc en supporter les frais (n°s 543, 548, 550).

602. Comment se fait la purge en cas de surenchère? L'immeuble est mis aux enchères, on procède à l'adjudication, et le prix est distribué entre les créanciers qui viennent en ordre utile; par suite, l'immeuble se trouve purgé des charges hypothécaires. Cette matière appartient à la procédure (n° 552).

603. L'article 122 prévoit des cas où les formalités générales seraient insuffisantes, et il prescrit, en conséquence, des conditions spéciales. On suppose d'abord que le titre du tiers détenteur comprend des meubles et des immeubles, par exemple, une maison meublée; le prix total est de cinquante mille francs. D'après l'article 110, le nouveau propriétaire pourrait se borner à notifier aux créanciers le prix de cinquante mille francs qu'il s'engage à leur payer; mais cette offre serait contraire au droit des créanciers; leur gage ne porte pas sur le mobilier dont la valeur est comprise dans le prix; ils n'ont donc aucun droit sur la valeur du mobilier, et leur surenchère, s'il y a lieu, ne peut pas porter sur cette valeur. Pour que la surenchère soit légalement possible, il faut que le tiers détenteur déclare le prix qu'il offre pour l'immeuble; cette estimation se fait en proportion du prix total : c'est ce qu'on appelle ventilation.

Il en est de même dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprend plusieurs immeubles, les uns hypothéqués, les autres libres, ou hypothéqués à une autre dette que celle du créancier; chaque créancier ne doit et ne peut surenchérir que sur les biens qui sont affectés à sa créance. Il faudra donc recourir à une ventilation.

(1) Voyez ci-dessus, n° 566.

La loi prévoit encore un cas dans lequel la ventilation doit se faire, c'est quand les immeubles hypothéqués sont situés dans des arrondissements différents. En droit, il est difficile de justifier cette disposition, puisque le créancier n'a qu'un seul droit hypothécaire, alors même que les biens hypothéqués se trouvent dans des arrondissements différents. C'est une faveur que la loi accorde au créancier qui ne voudrait surenchérir que dans l'arrondissement où sont situés ses autres biens.

L'article 122 ajoute : « Aliénés pour un seul et même prix ou pour des prix distincts et séparés. » Quand il y a un prix distinct pour les divers biens compris dans l'acquisition, il n'y a plus lieu à ventilation, puisque le contrat détermine la valeur de la chose, mais il faut toujours que la notification indique le prix de l'immeuble hypothéqué, sans qu'il soit besoin d'ajouter le prix des biens non hypothéqués. C'est l'application de la règle de l'article 110.

Enfin, la loi dit : « Soumis ou non à la même exploitation. » Quand même les biens situés dans des arrondissements différents sont soumis à la même exploitation, le créancier peut se borner à enchérir sur les biens situés dans l'un des arrondissements. C'est encore une faveur que la loi accorde à la surenchère (n°s 563 et 564)

C'est le nouveau propriétaire qui doit faire la ventilation, parce que c'est lui qui fait les notifications. C'est d'ailleurs lui qui connaît le mieux la valeur des divers biens compris dans son acquisition (n° 567).

Quelle est la conséquence de la ventilation en ce qui concerne le droit de surenchère? L'article 122 porte que le créancier enchérisseur ne pourra, en aucun cas, être contraint d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement. C'est une conséquence des principes qui régissent la surenchère. Celle-ci porte sur la valeur que le nouveau propriétaire offre aux créanciers ; or, quand il y a lieu à ventilation, le tiers détenteur ne peut offrir aux créanciers ni la valeur du mobilier, ni celle des immeubles qui ne leur sont pas hypothéqués, ni même la valeur des immeubles hypothéqués qui sont situés dans d'autres arrondissements ; les créanciers non-seulement ne peu-

vent être contraints à surenchérir, mais ils n'en ont pas le droit (nº 570).

604. Nous avons supposé jusqu'ici que les créanciers refusent le prix ou la valeur que l'acquéreur leur a offert, et requièrent, en conséquence, la mise aux enchères de l'immeuble hypothéqué. Ils peuvent aussi accepter l'offre s'ils la trouvent suffisante, et elle est suffisante si la somme offerte représente la valeur de l'immeuble; quand même il y aurait une différence d'un vingtième, ils ont intérêt à accepter l'offre, puisqu'ils ne peuvent surenchérir qu'en offrant de porter le prix à un vingtième en sus des offres. L'acceptation peut être expresse si les créanciers répondent aux notifications que leur fait le nouveau propriétaire qu'ils acceptent son offre. L'acceptation est tacite s'ils laissent écouler le délai légal de quarante jours sans enchérir; comme ce délai est prescrit à peine de déchéance, les créanciers savent qu'ils renoncent à leur droit en le laissant écouler sans requérir la mise aux enchères (nº 553).

L'acceptation de l'offre forme une convention entre les créanciers et le nouveau propriétaire, convention qui fixe à la somme offerte par celui-ci la valeur de l'immeuble formant le gage des créanciers; c'est cette somme qui sera distribuée entre eux, et par ce payement l'immeuble sera purgé des priviléges et hypothèques qui le grèvent (art. 116). En ce qui concerne les créanciers venant en ordre utile, c'est l'application du droit commun; ils reçoivent ce qui leur est dû, et donnent mainlevée des inscriptions, lesquelles sont radiées sur la poursuite du nouveau propriétaire. Les inscriptions qui ne viennent pas en ordre utile sont rayées par suite de l'ordre amiable ou judiciaire dressé conformément aux lois de la procédure. C'est là l'effet proprement dit de la purge et son utilité; elle a pour but et pour effet d'effacer les charges hypothécaires qui dépassent la valeur de l'immeuble. La distribution du prix aux créanciers inscrits leur procure le même avantage que l'expropriation de l'immeuble; c'est la réalisation de leur droit hypothécaire jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. Les hypothèques ayant produit l'effet qu'elles devaient avoir, tout est consommé, elles sont éteintes (art. 108).

Il peut cependant y avoir des inscriptions qui subsistent. Quand la dette est à terme, le nouveau propriétaire en jouit, et s'il use

de son droit, les créances subsistent, et par suite l'hypothèque, jusqu'à ce que l'acquéreur paye à l'échéance du terme. Il en serait de même si le terme avait été stipulé contre le débiteur, et que le créancier veuille le maintenir (nos 554, 556).

L'article 116 ajoute que le nouveau propriétaire peut consigner son prix, et cette consignation équivaut au payement. Tant que les créanciers ne sont pas d'accord sur l'ordre dans lequel le prix doit être distribué entre eux, l'acquéreur ne peut pas payer ; il a cependant le droit de payer, et il peut y avoir intérêt ; dès lors la loi a dû lui permettre de consigner (n° 558).

CHAPITRE X.

DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES ET DE LA RESPONSABILITÉ DU CONSERVATEUR.

§ I. *Des obligations du conservateur.*

Sommaire.

605. Quelles sont les fonctions du conservateur ? En quel sens les registres qu'il tient sont-ils publics ?
606. Quand les conservateurs doivent-ils opérer les transcriptions et les inscriptions ? Quel est le droit des requérants ?
607. Des registres que les conservateurs sont obligés de tenir et des formalités prescrites pour la tenue des registres.

605. La loi du 21 ventôse an VII porte (art. 3) : « Le conservateur est le préposé à l'exécution des formalités prescrites pour la conservation des hypothèques et la consolidation des mutations de propriétés immobilières. » Il est chargé de transcrire sur un registre à ce destiné tous actes entre-vifs translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, ainsi que les baux dont la loi prescrit la publicité (art. 1er). Il inscrit les priviléges et hypothèques établis sur les biens qui sont situés dans l'arrondissement où il exerce ses fonctions (art. 82). L'inscription et la transcription se font sur la réquisition des parties intéressées, sauf l'inscription d'office que le conservateur doit prendre quand il opère

la transcription d'un acte qui donne naissance à un privilége (art. 35).

Le conservateur opère encore la radiation des inscriptions hypothécaires sur la réquisition des parties intéressées (art. 92).

Enfin, il délivre des certificats sur la demande des tiers intéressés à connaître la situation hypothécaire de la personne avec laquelle ils traitent. L'article 127 porte qu'il « est tenu de délivrer des certificats constatant les mutations et concessions de droits réels, ainsi que les baux consentis par tous individus indiqués par les réquisitions écrites qui lui sont faites à cette fin. Il est également tenu de délivrer à tout requérant copie des transcriptions ou inscriptions existantes, ou des certificats constatant qu'il n'en existe point ». C'est en cela que consiste la publicité des registres. Ils sont publics, en ce sens que tout tiers peut requérir les certificats et les copies dont parle l'article 127; le conservateur n'a pas le droit de s'enquérir de l'intérêt qu'a le requérant de connaître les mutations ou les inscriptions (n°s 573, 574).

606. Les inscriptions et transcriptions peuvent et doivent être opérées tous les jours, excepté les dimanches et jours de fête. Dans aucun cas, le conservateur ne peut refuser ni retarder les transcriptions et inscriptions, sous peine de dommages-intérêts des parties (art. 130). Nous avons dit ci-dessus (1) ce que les conservateurs doivent faire quand ils se trouvent dans l'impossibilité de transcrire ou d'inscrire immédiatement les actes qu'on leur présente (art. 124, 1°, et 126) (n°s 578, 579).

Ceux qui requièrent la transcription ou l'inscription d'un titre sont intéressés à avoir une preuve de la remise des actes qu'ils ont faite au conservateur, pour s'en prévaloir contre lui, soit qu'il fasse la transcription ou l'inscription sans observer l'ordre des numéros indiqués au registre des dépôts, soit qu'il ne la fasse pas. La loi contient à cet égard la disposition suivante (art. 126, § 1) : « Les conservateurs donneront au requérant, s'il le demande, une reconnaissance, sur papier timbré, de la remise des actes ou bordereaux destinés à être transcrits ou inscrits. Cette reconnaissance rappellera le numéro du registre sous lequel la remise aura été inscrite » (n° 581).

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 512, 524.

607. « Les conservateurs doivent tenir 1° un registre de dépôts, où seront constatés par numéros d'ordre et à mesure qu'elles s'effectuent, les remises des titres dont on requiert l'inscription ou la transcription ; 2° des registres où se seront portées les transcriptions ; 3° des registres où sont portées les inscriptions des priviléges et hypothèques, et les radiations ou réductions » (art. 124).

Les registres des conservateurs sont des actes authentiques dans le sens de l'article 1317, puisque les mentions qui y sont faites sont reçues par des officiers publics ayant mission de constater des faits juridiques dans les formes solennelles requises par la loi. Ils font donc foi comme tout acte authentique, d'après les règles que nous avons exposées au titre des *Obligations* (1). C'est pour ce motif que la loi prescrit des formalités dont le but est de prévenir toute fraude. Nous renvoyons au texte des articles 125 et 133 (nos 588-590).

§ II. *De la responsabilité du conservateur.*

N° 1. DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.

Sommaire.

608. Principe de la responsabilité et conditions.
609. Dans quels cas les conservateurs sont-ils responsables ?
610. Quelle est l'étendue de leur responsabilité ?
611. Peuvent-ils rectifier les erreurs qu'ils ont commises ?
612. Quelle est la durée de la responsabilité ?

608. Les conservateurs sont responsables du préjudice qu'ils causent aux particuliers en ne remplissant pas leurs fonctions ou en commettant des fautes dans cet accomplissement. C'est l'application aux conservateurs du principe établi par les articles 1382 et 1383, que nous avons expliqué au titre qui est le siége de la matière (2). Il en résulte que deux conditions sont requises pour que le conservateur soit responsable : 1° une faute qui lui soit imputable, 2° un préjudice. La loi énumère quelques cas de responsabilité; ce ne sont que des exemples, la règle est générale,

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 115, nos 196-201.
(2) Voyez le t. III de ce cours, p. 215, nos 547-560.

et la responsabilité est régie par le droit commun (n°s 593, 594).

609. Les conservateurs sont responsables du préjudice résultant :

1° De l'*omission* sur leurs registres des transcriptions d'actes soumis à cette formalité et des inscriptions requises en leurs bureaux » (art. 128). Il faut ajouter qu'ils répondent aussi de la nullité de la transcription ou de l'inscription, si elle leur est imputable. C'est l'application de la règle genérale. La loi la consacre implicitement pour les inscriptions, en exigeant que l'un des bordereaux reste entre les mains du conservateur, et que l'autre soit remis au requérant, afin que le conservateur puisse prouver que la nullité ne lui est pas imputable (1) (n° 579).

2° « Du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs des transcriptions ou inscriptions existantes. » Le tiers qui traite dans l'ignorance des droits réels ou des inscriptions non mentionnées dans le certificat sera lésé; si le conservateur est en faute, il sera responsable. L'article 128 suppose qu'il peut n'être pas en faute; l'erreur peut, en effet, provenir de désignations insuffisantes qui ne pourraient être imputées au conservateur. Par exemple, le débiteur est désigné sous deux noms différents; le conservateur délivre un certificat des inscriptions prises sous le nom du débiteur tel qu'il est orthographié dans la réquisition qui lui est faite : il n'est pas responsable pour avoir omis une inscription prise sur le même débiteur, mais désigné par un nom différent. L'erreur vient de la désignation irrégulière du débiteur ; et cette erreur n'est pas imputable au conservateur (n° 599)

L'article 129 prévoit un cas spécial. Un tiers acquéreur qui veut purger demande au conservateur un état des inscriptions qui grèvent l'immeuble. Le conservateur en omet une; il est en faute, et si cette faute cause un préjudice, il est responsable. Il se peut que le créancier ne soit pas lésé; la loi lui donne le droit de requérir la mise aux enchères dans le délai légal, et de se présenter à l'ordre; s'il le fait, il n'éprouve aucun préjudice, et par suite, il n'y a pas lieu à responsabilité. Mais le créancier peut ne pas avoir connaissance de la purge ; dans ce cas, il est dans l'impossibilité d'exercer ses droits, il sera donc lésé, et, par

(1) Voyez, ci-dessus, n° 524.

suite, il doit avoir un recours. Il est lésé, car l'immeuble est affranchi de l'inscription du créancier omis ; la loi l'a décidé ainsi dans un intérêt général. C'est pour assurer la libre circulation des biens que la loi a organisé la purge ; quand l'acquéreur a rempli toutes les formalités légales, il doit être à l'abri des poursuites du créancier omis, sauf à celui-ci de poursuivre le conservateur (n° 600).

610. Le conservateur est responsable du préjudice qu'il cause par sa faute. S'il n'y a pas de préjudice, il n'est pas soumis à la responsabilité civile : il ne peut y avoir d'action en dommages-intérêts quand il n'y a pas de dommage. Alors même que le tiers est lésé, la responsabilité du conservateur est limitée au préjudice qui est résulté de la faute. Le conservateur omet une inscription; si, en supposant l'inscription prise, le créancier avait été colloqué pour toute la créance, le conservateur sera condamné à payer toute la dette. Si, à raison des inscriptions antérieures, le créancier n'avait été colloqué que partiellement, le conservateur sera tenu de payer la somme à laquelle se serait élevée la collocation. Il en serait de même si l'inscription était nulle par la faute du conservateur. Ce que nous disons des inscriptions s'applique à la transcription (n°s 606, 607).

611. Le conservateur, responsable de l'irrégularité des inscriptions, peut-il réparer sa négligence en rectifiant l'inscription? Oui, mais sous les conditions déterminées par l'article 134. « Le conservateur peut opérer, à ses frais, la rectification des erreurs qu'il aurait commises, en portant sur ses registres, mais seulement à la date courante, une transcription des actes et bordereaux, précédée d'une note qui relatera la première transcription. » Le conservateur ne peut donc pas corriger les écritures portées sur ses registres; les actes inscrits sur un registre public donnent des droits aux tiers, précisément à raison des erreurs qui s'y trouvent; dès lors ils doivent subsister tels qu'ils sont; sauf à l'officier public de faire une nouvelle inscription qui n'aura rang qu'à partir du jour où elle a été prise ; et afin d'avertir les tiers qu'il s'agit d'une inscription rectifiée, le conservateur est tenu de mettre en tête une note qui relate l'acte irrégulier. Le conservateur ne sera donc affranchi de la responsabilité qu'il a encourue que pour l'avenir (n° 611).

612. Quelle est la durée de la responsabilité du conservateur? La loi du 21 ventôse an VII déroge, sous ce rapport, au droit commun. Elle impose aux conservateurs l'obligation de donner caution, pour garantir les droits des tiers. Le cautionnement subsiste pendant toute la durée de leurs fonctions et dix ans après leur cessation. De là suit que leur responsabilité reste soumise à la prescription ordinaire, tant qu'ils sont en fonctions, mais qu'elle cesse dix ans après. En effet, il résulte du texte et de l'esprit de la loi que le cautionnement subsiste pendant toute la durée de la responsabilité; donc la responsabilité cesse quand le cautionnement est éteint (n° 612).

N° 2. DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE.

Sommaire.

613. Quand il y a lieu à la responsabilité pénale.

613. L'article 139 porte : « Les conservateurs sont tenus de se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions, à toutes les dispositions du présent chapitre, à peine d'une amende de cinquante à mille francs, pour la première contravention. En cas de récidive, l'amende sera double et la destitution pourra même être prononcée, selon les circonstances, le tout sans préjudice des dommages et intérêts des parties, lesquels seront payés avant l'amende. » La loi suppose que la responsabilité pénale concourt avec la responsabilité civile; c'est le droit commun; le cautionnement sert de garantie, et avant tout aux tiers. Il se peut aussi que le conservateur n'encoure aucune responsabilité civile, parce qu'il n'est résulté aucun préjudice de la faute qu'il a commise; il encourra néanmoins l'amende, puisque la peine est établie dans un intérêt public (n° 613).

DISPOSITIONS TRANSITOIRES.

Sommaire.

614. But de ces dispositions. Renvoi au texte.

614. La loi belge déroge au code civil en des points très-importants. Elle ordonne la transcription des actes entre-vifs

translatifs ou déclaratifs de droits réels immobliers, et de baux dépassant neuf ans ou contenant quittance anticipative d'au moins trois ans de loyer. Elle soumet les hypothèques légales des incapables aux principes de spécialité et de publicité. Elle abolit l'hypothèque judiciaire. Elle innove en matière de purge et de prescription. Le législateur a décidé que ces dispositions nouvelles entreraient en vigueur après la publication de la loi, ce qui est juridique tout ensemble et rationnel. Toutefois il a respecté ce qu'il considère comme un droit acquis. Sous l'empire du code civil, les droits immobiliers s'acquéraient à l'égard des tiers, sans aucune publicité; est-ce là un droit acquis? A notre avis, non. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur le principe de la non-rétroactivité (1). Quant aux hypothèques et priviléges existant lors de la publication de la loi, ils ont été soumis aux règles de la législation nouvelle. Il a fallu pour cela des dispositions transitoires; nous renvoyons au texte de la loi, cette matière n'ayant plus d'intérêt pratique, et ne présentant aucun intérêt de théorie (n°s 614-621)

TITRE XX.

(TITRE XIX DU CODE CIVIL.)

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE.

Les dispositions de ce titre ont été reproduites dans la loi du 15 août 1854. Cette matière appartient à la procédure.

(1) Voyez le t. I de ce cours, p. 152, n° 36.

TITRE XXI.

(TITRE XX DU CODE CIVIL.)

DE LA PRESCRIPTION.

CHAPITRE Ier.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

(*Principes de droit civil*, t. XXXII.)

Sommaire.

615. Définition. Conditions générales de la prescription.
616. Quel est le fondement de la prescription acquisitive et extinctive?
617. Qui peut prescrire et contre qui peut-on prescrire?

615. « La prescription est un moyen d'*acquérir* ou *de se libérer* par un certain *laps de temps* et sous les conditions déterminées par la loi » (art. 2219). Il y a donc deux espèces de prescription. D'abord celle par laquelle on *acquiert;* le code la mentionne parmi les modes d'acquérir la propriété (art. 712) : on l'appelle prescription acquisitive ou usucapion. Il y a, en second lieu, la prescription par laquelle on se libère; le code la place parmi les modes d'extinction des obligations (art. 1234). On l'appelle prescription extinctive.

La prescription s'accomplit par un certain *laps de temps :* la prescription acquisitive par dix ou vingt ans, quand le créancier a titre et bonne foi, et par trente ans quand il n'a ni bonne foi ni titre : la prescription extinctive, par trente ans, sauf quelques prescriptions plus courtes, telles que celle de l'article 1304.

Outre le temps, il faut, d'après l'article 2219, d'autres conditions déterminées par la loi pour qu'il y ait prescription.

Pour la prescription acquisitive, il faut la possession pendant tout le temps que la loi requiert. En réalité, les deux conditions de temps et de possession se confondent, puisque le temps n'est

requis qu'à raison de la possession; il faut une possession de dix à vingt ans, ou de trente ans, selon que le possesseur a ou n'a pas titre et bonne foi.

Pour la prescription extinctive, il faut, outre le temps, que le créancier soit resté dans l'inaction pendant le temps requis par la loi. C'est à vrai dire cette inaction continuée pendant le temps que la loi détermine, qui est le fondement de la prescription extinctive (n° 1).

616. Quel est le fondement de la prescription acquisitive? On la fonde d'ordinaire sur la faveur que mérite le possesseur en face d'un propriétaire négligent. C'est résoudre la question par la question, car il s'agit précisément de savoir pourquoi la loi favorise le possesseur au préjudice du propriétaire; celui-ci ne peut-il pas dire qu'il a un droit absolu qui lui permet d'abuser et, à plus forte raison, de ne pas user? A notre avis, la prescription n'a d'autre fondement que l'intérêt de la société, intérêt qui est aussi un droit. L'intérêt est évident, puisque la prescription consolide les possessions, en leur attribuant la stabilité et la certitude de la propriété. Mais l'intérêt de la société ne suffit point pour dépouiller les propriétaires, car le respect du droit est le plus grand de tous les intérêts. La société a plus qu'un intérêt, elle peut opposer son droit à celui du propriétaire. En effet, bien que la propriété ne soit pas une création de la loi, c'est la société qui la consolide en la plaçant sous la sanction de la loi. Sans cette sanction, la propriété n'est qu'une possession. Le possesseur qui oppose sa possession au propriétaire a donc au fond un droit identique à celui du propriétaire; il s'agit de savoir auquel des deux la loi doit son appui. Or, le motif pour lequel la loi a sanctionné la possession primitive milite en faveur du nouveau possesseur. Car, si l'ancien propriétaire pouvait toujours troubler le possesseur actuel par la revendication de son droit, il n'y aurait plus de société possible; donc, l'existence de la société est en cause, et c'est là plus qu'un intérêt, c'est le plus important des droits, car, sans la société, il n'y aurait plus de droits (n° 5).

Tel est aussi le fondement de la prescription extinctive. Quand on dit que le créancier est puni de sa négligence, ou qu'il est présumé renoncer à son droit, on oublie que le droit d'agir est pour

lui une faculté et non une obligation, et personne n'est présumé renoncer à son droit. En réalité, la prescription est une déchéance, et c'est encore l'intérêt social qui la justifie. Si les droits étaient éternels, le monde ne serait qu'un immense procès, puisqu'on pourrait réclamer des droits nés il y a six mille ans, et personne ne serait à l'abri de pareilles réclamations. La paix et la sécurité sont une condition d'existence pour la société ; dès lors les droits doivent s'éteindre après un long laps de temps (n° 6).

617. Qui peut prescrire? Toute personne peut prescrire, et on peut prescrire contre toute personne. On entend par personnes non-seulement les hommes, mais aussi les personnes civiles ; l'article 2227 cite l'État, les communes, les établissements publics. Ce principe découle de la nature de la prescription : elle est établie non dans l'intérêt de celui qui prescrit, mais dans l'intérêt de la société, en faveur de tous les possesseurs, afin de consolider leurs possessions, et en faveur de tous les débiteurs, afin de mettre un terme aux actions. C'est donc un droit général, dont toute personne doit jouir, même les étrangers. Par la même raison, la prescription doit courir contre tous, sans exception aucune, car toute exception, ainsi que toute faveur, tournerait contre la société, dont le droit l'emporte sur tous les intérêts privés (n°s 11 et 13).

CHAPITRE II.

DU COURS DE LA PRESCRIPTION.

SECTION I. — Du point de départ de la prescription.

§ I. *Quand la prescription commence à courir.*

Sommaire.

618. Distinction entre les actions personnelles et les actions réelles.

618. La prescription acquisitive se fonde sur la possession ; de là suit qu'elle doit courir du moment que celui qui l'invoque a commencé à posséder. La prescription extinctive se fonde sur

ce que le créancier n'a pas agi pendant un certain temps; d'où suit que le cours de la prescription doit commencer dès que l'action est née. De là la distinction entre les actions réelles et les actions personnelles (n° 15).

N° 1. DES ACTIONS PERSONNELLES.

Sommaire.

619. Le cours de la prescription commence avec la naissance de l'obligation. C'est une conséquence du principe que la prescription court dès que le créancier a le droit d'agir, car c'est pour n'avoir pas agi que son droit se prescrit; donc, la prescription commence avec l'action; or, l'action naît avec l'obligation, car ce qui caractérise l'obligation juridique, c'est qu'elle est garantie par l'exécution forcée, et l'exécution forcée n'est autre chose que le recours aux tribunaux, qui condamnent le débiteur à remplir son obligation (n° 16).

620. Le principe reçoit exception dans les cas prévus par l'article 2257, lequel est ainsi conçu : « La prescription ne court point, 1° à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive; 2° à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu; 3° à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. » Quel est l'objet de cette disposition? Le code considère la condition et le terme comme une cause de *suspension* de la prescription, analogue à celle qui résulte de la minorité et de l'interdiction. En effet, l'article 2257 se trouve sous la rubrique « des *causes* qui *suspendent* le cours de la prescription », et les expressions sont celles dont la loi se sert en parlant de la *suspension* (art. 2252) : la prescription ne *court point*. Cette manière de considérer la condition et le terme n'est pas exacte. La *suspension* de la prescription suppose que la prescription a commencé à courir ou qu'elle pourrait courir, et qu'une cause qui survient en suspend le cours. Ainsi, la prescription courrait contre la personne à laquelle le mineur succède, elle

ne courra pas pendant le cours de la minorité. Or, la prescription devant commencer à courir contre un mineur, la prescription sera suspendue jusqu'à ce qu'il devienne majeur. On voit que la cause de la suspension est étrangère à la *créance*, la créance existe, elle donne lieu à une action, donc il pourrait y avoir prescription; si la prescription ne court point, c'est uniquement parce qu'elle devrait courir contre un *incapable*. La situation est tout autre dans les cas prévus par l'article 2257. Quand la créance est conditionnelle ou à terme, il n'y a pas lieu à prescription, parce qu'il n'y a pas d'action. On ne peut donc pas dire que la prescription est suspendue; il faut dire que la prescription est impossible tant que la condition n'est pas accomplie, ou que le terme n'est pas échu. L'impossibilité tient à la nature de la *créance*, elle est étrangère à la personne du *créancier* (nº 20).

621. Quand la créance est conditionnelle, elle existe à la vérité, mais les effets en sont suspendus (1) (art. 1168); notamment le créancier n'a pas d'action, or là où il n'y a pas d'action, il ne peut y avoir prescription (nºs 21-22). Le créancier à terme a un droit certain, mais il ne peut obtenir de condamnation jusqu'à ce que le terme soit échu, car celui qui a terme ne doit pas, en ce sens qu'il ne peut être forcé de payer (2); donc la prescription est impossible tant que le terme n'est pas échu, car elle n'a été introduite que pour mettre fin aux actions (nº 24).

L'article 2257 dit encore que la prescription ne court pas à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu. Il est vrai que celui qui a droit à la garantie peut agir dès l'instant qu'il est troublé par une action judiciaire qui menace son droit; mais l'acheteur doit se borner à mettre le vendeur en cause, afin qu'il prenne sa défense. C'est seulement quand le vendeur ne défend pas, ou que la défense ne réussit pas, que l'acheteur évincé peut agir pour faire condamner le vendeur à la restitution du prix et aux dommages-intérêts. Voilà pourquoi la prescription ne court qu'à partir de l'éviction (nº 23).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 458, nº 661.
(2) Voyez le t. II de ce cours, p. 475, nº 697

N° 2. LES ACTIONS RÉELLES.

Sommaire.

622. L'article 2257 s'applique-t-il aux actions réelles? Il faut d'abord préciser le vrai point de la difficulté. La loi dit que la prescription ne court pas à l'égard d'une *créance* conditionnelle ou à terme. Le mot *créance* a un sens technique, il se dit des *droits de créance*, par opposition aux droits réels. Tout droit de créance est donc compris dans l'article 2257; peu importe quel est l'objet de la créance; ce peut être un meuble ou un immeuble; dès que le demandeur fonde son action sur un lien d'obligation, il se trouve dans le texte de l'article 2257, et il peut s'en prévaloir; la prescription ne courra pas contre lui tant que la condition est en suspens, ou que le terme n'est pas échu. Il n'en est pas de même de celui qui a un *droit réel :* il ne poursuit pas la personne, il poursuit la chose contre le détenteur; le demandeur agit, non comme *créancier,* mais comme *propriétaire*, ou en vertu d'un démembrement de la propriété; il n'est donc pas dans l'exception de l'article 2257, partant il ne peut l'invoquer; la prescription courra contre lui, quand même son droit serait conditionnel ou à terme; elle court contre lui dès qu'un tiers possède la chose sur laquelle le demandeur prétend avoir un droit réel (n° 25).

La différence qui résulte du texte de la loi entre les droits réels et les droits de créance est aussi fondée en raison. Pourquoi la prescription ne court-elle pas contre une créance conditionnelle ou à terme? Parce que la prescription extinctive est fondée sur la nécessité de mettre une limite aux actions; de là la conséquence que la prescription ne peut pas courir tant qu'il n'y a pas d'action; or, quand une créance est sous condition ou à terme, le créancier n'a pas d'action contre le débiteur, partant la prescription ne peut pas courir contre lui. Il n'en est pas de même de la prescription acquisitive; elle a pour objet de consolider les possessions, en mettant les possesseurs à l'abri de toute éviction.

Donc, la prescription doit commencer à courir dès qu'il y a possession; le droit de celui contre lequel le tiers détenteur prescrit n'est pas pris en considération; la prescription n'est pas établie pour le punir de sa négligence à agir, elle est établie pour consolider les longues possessions; donc la prescription doit courir dès que la possession commence (n° 26).

On fait une objection très-spécieuse. La prescription ne court pas contre une créance conditionnelle, parce que le créancier n'a pas d'action; par identité de raison, elle ne doit pas courir contre une propriété conditionnelle, puisque le propriétaire n'a pas non plus le droit d'agir. L'objection suppose que l'article 2257 est une application de l'adage traditionnel : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. Cela n'est pas exact; l'adage concerne la suspension de la prescription, il suppose donc que la prescription a commencé à courir, ou que du moins elle peut courir; tandis que, dans le cas de l'article 2257, la prescription ne court pas, parce qu'il y a une impossibilité juridique à ce qu'elle coure. Cette impossibilité juridique existe pour les droits de créance, elle n'existe pas pour les droits réels. Le tiers détenteur peut usucaper dès qu'il possède; tandis que le débiteur ne peut pas prescrire tant que le créancier n'a pas d'action contre lui (n° 27).

623. L'application la plus usuelle et la plus controversée de ces principes concerne le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Quand le droit du créancier hypothécaire est conditionnel ou à terme, il ne peut pas agir : est-ce le cas d'appliquer l'article 2257 ? Si l'on admet que l'article 2257 ne s'applique pas aux actions réelles, la négative est certaine; la prescription courra donc en faveur du tiers détenteur du moment qu'il possède. Cette solution ne sacrifie point les droits du créancier hypothécaire, puisqu'il a un moyen facile de se mettre à l'abri de la prescription en demandant un titre récognitif de l'hypothèque que le tiers détenteur est obligé de lui fournir et de renouveler tous les vingt-huit ans (1) (n° 33 *bis*).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 578.

SECTION II. — Des causes qui suspendent le cours de la prescription.

Sommaire.

624. La prescription est suspendue par des causes qui l'empêchent de courir. Je commence à prescrire la propriété d'un immeuble contre un propriétaire majeur et ayant l'exercice de ses droits. Il vient à mourir, laissant des héritiers mineurs; la minorité arrêtera momentanément le cours de la prescription; celle-ci recommencera à courir quand les mineurs seront devenus majeurs; la prescription qui a couru avant la suspension s'ajoutera à celle qui courra après la majorité pour compléter le temps requis par la loi.

La prescription est aussi suspendue quand elle commence à courir contre un incapable. On pourrait croire que, dans ce cas, la prescription n'a jamais couru, et que, par suite, elle ne peut être suspendue, car la suspension implique une prescription dont le cours a commencé. En réalité, la prescription a commencé à courir, puisque la minorité ne rend pas le droit imprescriptible, et n'est pas un obstacle à ce que la prescription commence; seulement, à l'instant où elle commence, le cours en est arrêté (n° 37).

625. La prescription est suspendue d'abord dans l'intérêt des incapables, les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Toutefois, la suspension n'est pas absolue. La prescription court dans des cas assez nombreux contre les mineurs et les interdits; elle court, en général, contre les femmes dans l'intérêt des tiers; ce

n'est que par exception qu'elle est suspendue pendant le mariage; la suspension n'est absolue qu'entre époux. En second lieu, la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession. La loi considère encore comme une cause de suspension la condition et le terme qui affectent une créance; nous venons de dire que cela n'est pas exact (1).

La théorie du code civil est assez incertaine, et la doctrine des interprètes l'est encore davantage. Avant de l'exposer, il nous faut voir quel est le principe suivi par le code. Il est clairement établi, à notre avis, par l'article 2251. Le législateur commence par dire que « la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi ». La règle est donc que la prescription court contre toutes personnes, l'exception est qu'elle ne court pas. Quelles sont ces exceptions et comment peut-on les connaître? L'article 2251 répond qu'elles doivent être déterminées par la loi. Il suit de là qu'on ne peut admettre d'autres exceptions que celles que la loi établit; donc dès que l'on ne se trouve pas dans le cas d'une exception prévue par la loi, on rentre dans la règle d'après laquelle la prescription court.

On objecte l'adage traditionnel : *Contra non valentem agere, non currit præscriptio*. Il est vrai qu'on le suivait dans l'ancien droit, mais les auteurs du code ne l'ont pas consacré; et il y avait de bonnes raisons pour le rejeter. D'abord il avait donné lieu à des difficultés et à des controverses sans fin; Dunod s'en plaignait déjà et disait qu'il eût fallu un volume pour discuter une seule question, celle de savoir si la prescription court contre les absents. Ensuite, l'adage est en opposition avec les principes, avec le texte et avec l'esprit de la loi. La prescription est fondée sur un intérêt social; dès lors elle doit courir contre toute personne; dans la rigueur des principes, il ne devrait pas y avoir de cause suspendant le cours de la prescription, car la suspension met l'intérêt des individus au-dessus du droit de la société, tandis que le droit de la société doit l'emporter sur l'intérêt des incapables. En tout cas, les causes de suspension doivent être

(1) Voyez, ci-dessus, n° 620.

strictement limitées aux cas prévus par la loi. Or, l'adage traditionnel aboutirait à les multiplier sans limite aucune, puisque tout dépendrait de l'arbitraire du juge. Enfin, l'adage est en opposition avec l'essence même de la prescription. Il suppose que la prescription n'est légitime que lorsque le propriétaire peut agir, et qu'il néglige de le faire. Si la prescription n'avait pas d'autre fondement, elle n'existerait pas. En effet, les propriétaires qui négligent leurs droits sont une rare exception; si donc la prescription ne devait courir que contre les propriétaires négligents, elle ne courrait presque jamais; ainsi l'exception de la suspension deviendrait la règle. Ici l'adage se met en opposition avec le texte du code, qui fait de la suspension une exception. Et cette exception même n'est pas fondée sur l'impossibilité d'agir où se trouvent ceux en faveur desquels la prescription est suspendue. La prescription ne court pas contre les mineurs; est-ce que les mineurs sont dans l'impossibilité d'agir? Ils sont représentés par des tuteurs dans tous les actes de la vie civile, et le tuteur a le droit et l'obligation d'agir pour le pupille. Il y a plus, la loi elle-même fait courir la prescription contre les mineurs dans des cas très-nombreux; or, s'ils étaient réellement dans l'impossibilité d'agir, la prescription ne devrait jamais courir contre eux, dans le système de l'adage; donc le code rejette l'adage, loin de le consacrer (n°s 38-40).

626. « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits » (art. 2252). Quelle en est la raison? Il est très-difficile de justifier la suspension. Voici les motifs qu'a donnés l'orateur du gouvernement : « S'agit-il de la prescription acquisitive, celui qui laisse prescrire est réputé consentir à l'aliénation; or les mineurs et interdits sont incapables d'aliéner. » Ce prétendu consentement du propriétaire contre lequel la prescription court est une fiction que la loi ignore et qui n'a pas de sens : où est le propriétaire qui consent à aliéner sans aucune compensation? Ce serait un acte de folie! S'agit-il de la prescription extinctive, « les mineurs et interdits sont réputés ne pouvoir agir par eux-mêmes pour exercer les droits que l'on voudrait prescrire contre eux. » Les mineurs et interdits n'ont pas le droit d'agir, mais ils ont des représentants qui doivent agir en leur nom; on concevrait la suspension de la prescription, si les mineurs eux-mêmes

devaient agir; on ne la conçoit pas quand le tuteur les représente et est responsable de son inaction. Bigot-Préameneu prétend que les mineurs sont toujours restituables en ce qui leur porte préjudice, et, par suite, qu'ils doivent être restitués contre la négligence du tuteur à agir. Cela est inexact, il n'est pas vrai que le mineur est restitué dès qu'il est lésé par le fait de son tuteur; tout ce qui résulte de la faute du tuteur, c'est que le pupille a contre lui une action en dommages-intérêts (art. 450) (1) (n° 45).

Par mineurs il faut entendre même les mineurs émancipés; bien qu'ils aient une certaine capacité, elle est strictement limitée aux actes de simple administration. En fait, ils sont plus incapables que les mineurs sous tutelle, car ils n'ont pas de représentant qui veille à leurs intérêts; eux-mêmes sont inexpérimentés, et de plus ils ignorent leurs affaires, auxquelles ils sont restés complétement étrangers jusqu'à leur émancipation. Si, en cette matière, on pouvait tenir compte de l'incapacité de fait, la suspension de la prescription se justifierait mieux à l'égard des mineurs émancipés qu'à l'égard des mineurs non émancipés (art. 46).

627. L'article 2252, après avoir dit que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, ajoute : « Sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des *autres cas* déterminés par la loi. » L'article 2278 porte que les courtes prescriptions dont il est traité dans la section IV courent contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs. Quant aux *autres cas* déterminés par la *loi,* la prescription court seulement en vertu d'une disposition formelle. On admet parfois des exceptions tacites; dans l'espèce, cela paraît impossible, puisque l'article 2252 exige une loi; donc dès qu'il n'y a pas de loi qui fasse courir la prescription contre les mineurs et interdits, le cours en est suspendu.

L'exception que la loi admet à la suspension est aussi difficile à justifier que la règle. Elle s'applique non-seulement à la prescription proprement dite, mais aussi aux délais de procédure qui entraînent la déchéance d'un droit. Par cela même que ces délais sont très-courts, ainsi que les courtes prescriptions, il en

(1) Voyez le t. II de ce cours, p.318, n°s 318-320.

peut résulter pour le mineur un préjudice plus fréquent et plus grave que de la prescription ordinaire de trente ans; tandis que celle-ci est longue et s'accomplit rarement pendant la minorité; de sorte que le mineur, devenu majeur, peut et doit veiller à ses intérêts; il y avait donc un motif de plus pour suspendre les courtes prescriptions et les délais de procédure. Que si, à raison de l'intérêt public, on fait courir contre le mineur certains délais ou prescriptions, il y avait identité de raison pour toutes les prescriptions, car la prescription n'a d'autre fondement que l'intérêt public (nos 48 et 50).

628. La prescription court-elle contre les femmes mariées? Il faut distinguer. En règle générale, la prescription court contre elles en faveur des tiers (art. 2254). Cela se comprend sous les régimes de séparation de biens; puisque la femme séparée administre ses biens, elle doit elle-même veiller à ses intérêts. Mais quand c'est le mari qui a l'administration, la femme reste étrangère à la gestion de ses affaires; elle est frappée d'incapacité, et néanmoins la prescription court contre elle; elle a seulement un recours contre son mari administrateur. Quelle est la raison de cette différence entre la femme incapable et le mineur incapable? De bonne raison, il n'y en a pas; celle que l'on donne n'a aucune valeur. La femme, dit-on, peut demander la séparation de biens, si elle voit que son mari néglige de faire valoir ses droits. Nous demanderons comment la femme saura si le mari néglige d'agir, alors que la loi lui enlève l'administration de ses biens; là où il n'y a pas de droit, il ne saurait y avoir de responsabilité (n° 54).

Il y a des cas où, par exception, la prescription ne court pas contre la femme.

1° Elle ne court pas, pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué sous le régime dotal (art. 2255). Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre du *Contrat de mariage*, sur l'imprescriptibilité du fonds dotal (1) (n° 55).

2° La prescription est suspendue pendant le mariage, dans le cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté

(1) Voyez le t. III de ce cours, n° 657.

(art. 2256, 1°). Ce n'est pas, à vrai dire, une suspension de la prescription; pour que la prescription soit suspendue, il faut qu'il y ait un droit qui puisse se perdre par la prescription; or, dans l'espèce, la femme n'a pas de droit; elle n'en aura que si elle renonce; or la renonciation dépend de l'état de la communauté, qu'il est impossible de prévoir; et, tant qu'il n'y a pas de droit, il ne peut être question de prescription ni de causes qui en suspendent le cours (nos 56 et 57).

3° La prescription est encore suspendue dans tous les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari. L'article 2256, 2°, en donne un exemple. Le mari vend un bien propre de la femme sans son consentement; il est tenu de la garantie comme ayant vendu la chose d'autrui; si la femme revendiquait, l'action réfléchirait contre le mari, puisque l'acquéreur évincé agirait contre le mari vendeur. La loi suspend, dans ce cas, la prescription, parce que, si elle courait, la femme serait obligée d'agir contre le tiers acquéreur, ce qui entraînerait un recours contre le mari; de là trouble et discorde entre les époux. Et si la femme n'agissait point, elle perdrait son droit. La suspension de la prescription permet à la femme de ne pas agir, tout en conservant son droit (n° 59).

629. « La prescription ne court pas entre époux » (art. 2253). Quelle en est la raison? La loi veut éviter que la paix de la famille ne soit troublée par des actions que l'un des époux exercerait contre l'autre; et elle ne veut pas, que pour maintenir l'harmonie, les époux négligent et sacrifient leurs intérêts (n° 61).

630. « La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession » (art. 2258). Quelle en est la raison? On ne le sait; chaque auteur a son explication. Nous nous contenterons de rapporter celle que donne l'Exposé des motifs. « L'effet du bénéfice d'inventaire, dit Bigot-Préameneu, est de conserver à l'héritier ses droits contre la succession. La succession ne peut donc pas prescrire contre lui. » C'est très-mal raisonner. De ce que l'héritier bénéficiaire conserve ses droits contre la succession, on ne peut conclure qu'une chose, c'est qu'il a le droit d'agir, et de ce qu'il a le droit d'agir, on ne peut certes pas conclure que la prescription ne peut pas courir contre lui (n° 64).

631. « La prescription court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur » (art. 2258). Quand il y a un curateur, il doit, comme tout administrateur des biens d'autrui, faire les actes conservatoires; s'il n'interrompt pas la prescription, il sera responsable de sa négligence. Lorsqu'il n'y a pas de curateur, la succession est sans représentant; néanmoins la prescription court contre elle, parce que les créanciers ont droit et intérêt à conserver les biens qui sont leur gage; s'ils ne le font pas, ils doivent supporter les conséquences de leur négligence. La loi ne doit pas de protection à ceux qui peuvent et doivent veiller à leurs intérêts (nº 68).

632. « La prescription court pendant les trois mois pour faire inventaire et les quarante jours pour délibérer » (art. 2259). Quand la prescription a commencé à courir contre la succession, le successible peut, sans prendre qualité et dans les délais, interrompre la prescription, car l'interruption est un acte conservatoire, que les successibles ont le droit de faire, sans qu'on en puisse induire qu'ils entendent accepter la succession. Si la prescription court en faveur de la succession, les créanciers contre lesquels elle court, ou les propriétaires de biens que le défunt avait commencé à usucaper, peuvent, pendant les délais, agir contre le successible, et bien qu'ils ne puissent pas obtenir de condamnation pendant ces délais, leur action suffit pour interrompre la prescription (nº 70).

SECTION III. — Des causes qui interrompent la prescription.

I §. *Quand y a-t-il interruption?*

Sommaire.

633. Définition et division (art. 2242).
634. De l'interruption *naturelle*. A quelle prescription s'applique-t-elle?
635. Qu'est-ce que l'interruption *civile* et quel en est le fondement?
636. Il y a interruption civile 1º par une citation en justice, valable en la forme, quoique donnée devant un juge incompétent.
Quand cette interruption est-elle considérée comme non avenue?
2º Par la citation en conciliation.
3º Par un commandement, et 4º par une saisie.
637. La reconnaissance interrompt la prescription. Qui peut reconnaître le droit? Dans quelle forme? Quand le créancier peut-il demander un titre nouvel?

633. On dit que la prescription est interrompue quand le cours en est rompu ou brisé, avec cet effet que le temps qui a couru ne peut plus être compté pour l'accomplissement de la prescription ; mais celle-ci peut, immédiatement après l'interruption, recommencer à courir. L'interruption efface donc le passé, elle n'a point d'influence sur l'avenir. C'est la différence essentielle qui existe entre l'interruption et la suspension. La suspension laisse subsister le temps qui a couru, mais elle arrête le cours aussi longtemps que la cause de suspension subsiste ; elle n'a donc d'effet que sur l'avenir ; quand la suspension cesse, on peut ajouter au temps qui recommence, le temps qui a déjà couru avant que le cours fût suspendu (n° 77).

La prescription peut être interrompue naturellement ou civilement (art. 2242).

634. « Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers » (art. 2243). Pour qu'il y ait interruption naturelle de la prescription, il faut :

1° Que le possesseur soit *privé de la jouissance*, ce qui implique qu'il en est dépouillé malgré lui ; en effet, la loi ajoute que la privation doit procéder ou du propriétaire contre lequel le possesseur prescrivait ou d'un tiers. Il ne faut pas confondre la *cessation* de la jouissance avec la *privation*. Le possesseur peut ne pas jouir, sans que la prescription soit interrompue, parce que la possession se conserve par l'intention, comme nous le dirons plus loin ; la possession ainsi discontinuée ne pourra pas servir de base à la prescription, mais elle ne sera pas interrompue ; nous reviendrons sur ce point, en traitant de la possession (n° 79).

2° Que la dépossession ait duré plus d'un an. Celui qui a perdu la possession peut la recouvrer en agissant dans l'année du trouble (code de pr., art. 23). S'il n'agit point, il reconnaît par cela même qu'il est sans droit ; c'est reconnaître implicitement le droit de celui contre lequel il prescrivait. S'il agit, il sera réintégré dans sa possession, par cela seul qu'il prouvera qu'il avait possédé pendant plus d'un an ; peu importe, dans ce cas, qu'il ait été privé de la jouissance pendant plus d'un an ; il suffit qu'il intente l'action possessoire dans l'année du trouble, car le

jugement remonte au jour de la demande, de sorte que, légalement, le possesseur réintégré n'aura pas été privé de la jouissance pendant une année, donc il n'y aura pas eu d'interruption (n° 81).

Peu importe, du reste, par qui le possesseur a été dépossédé. C'est sur le fait de la *possession* que la prescription se fonde; si le possesseur se laisse déposséder sans agir, il reconnaît qu'il a possédé sans droit, ce qui rend inutile la prescription qui a couru. Il en serait ainsi, quand même il aurait été dépossédé par violence; le possesseur n'agissant pas contre celui qui l'a dépossédé violemment, on doit supposer qu'il était sans droit à son égard (n° 82).

L'interruption naturelle ne concerne que la prescription acquisitive, laquelle est fondée sur la possession; il ne peut pas s'agir de privation de possession, dans la prescription extinctive (n° 84).

635. L'interruption civile résulte d'actes judiciaires ou de la reconnaissance de celui qui prescrit. Si le propriétaire ou le créancier contre lesquels la prescription court agissent en justice contre le possesseur ou le débiteur, ceux-ci ne peuvent plus invoquer le temps pendant lequel ils ont prescrit. En effet, la prescription suppose que celui qui a une action n'agit point; donc il ne peut y avoir de prescription contre le propriétaire ou le créancier qui font des actes judiciaires pour exercer leur droit. Quant à la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur font du droit de celui contre lequel ils commençaient à prescrire, c'est le moyen le plus naturel d'interrompre la prescription (art. 2244 et 2248); car la prescription commencée ne peut devenir un droit pour le débiteur et le possesseur que si le créancier et le propriétaire sont sans droit; donc reconnaître leur droit, c'est rendre la prescription impossible (n° 85).

636. Il y a interruption civile :

1° Par une *citation en justice*. On entend par là non-seulement une demande formée par exploit d'huissier, mais aussi toute demande faite pendant le cours du procès, par exemple, à titre de reconvention. Dès que le défendeur est averti par une voie légale que le demandeur a un droit contre lui et qu'il entend le faire valoir, il ne peut plus invoquer pour la prescription le temps qui avait commencé à courir en sa faveur (n° 92).

Pour que la citation en justice soit interruptive de prescription, il faut qu'elle soit valable en la forme (art. 2247); si l'assignation est nulle pour défaut de forme, l'interruption est considérée comme non avenue. La raison en est que l'assignation annulée est considérée comme n'ayant jamais existé (n° 94). Il en est autrement de l'incompétence; la citation donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription (art. 2246); le législateur suppose que l'intention du demandeur de faire valoir son droit est valablement manifestée dès que l'acte interruptif est valable en la forme, quand même il se serait trompé sur la compétence du juge devant lequel l'action est portée (n° 97).

L'interruption est considérée comme non avenue (art. 2247), d'abord quand le demandeur se désiste de sa demande. Il s'agit du désistement à la procédure (code de pr., art. 403), par suite duquel la demande est considérée comme n'ayant pas été faite, donc il n'y a pas eu d'interruption. L'interruption est encore considérée comme non avenue, si le demandeur a laissé périmer l'instance. La péremption est un désistement résultant de la renonciation tacite du demandeur qui laisse passer trois ans sans faire un acte de poursuite (code de pr., art. 347). Enfin l'interruption est considérée comme non avenue quand la demande est rejetée. Si la demande est rejetée au fond, le défendeur a l'exception de chose jugée qu'il peut opposer à toute nouvelle demande, ce qui rend la prescription inutile (n°s 98, 99, 101).

2° Par la citation en conciliation lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice, donnée dans les délais de droit (art. 2245). La citation en conciliation n'est pas une demande judiciaire, puisque le juge de paix ne siége pas comme magistrat; si la loi y attache l'effet d'interrompre la prescription, c'est parce que la tentative de conciliation est un préliminaire obligatoire de l'action. Voilà pourquoi la loi veut que la citation en conciliation soit suivie d'une assignation en justice. Le code de procédure, article 57, complète le code civil en prescrivant que la demande soit formée dans le mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation, et l'article 67 veut que l'exploit d'ajournement contienne la preuve de la tentative de conciliation. Ce n'est que sous ces conditions qu'il y aura interruption de la prescription (n° 102).

3° « Par un commandement signifié à celui que l'on veut

empêcher de prescrire » (art. 2244). Le créancier qui a un acte notarié ou un jugement peut le mettre à exécution directement par la voie de la saisie. Mais, avant de procéder à la saisie, l'huissier doit faire un commandement au débiteur d'exécuter ce qu'un jugement l'a condamné à faire, ou ce à quoi il s'est obligé par un acte exécutoire. Bien que le commandement soit un acte extrajudiciaire, la loi a dû y attacher l'effet d'interrompre la prescription, parce que le moyen le plus énergique pour le créancier de manifester sa volonté de maintenir son droit, c'est de l'exercer par la voie rigoureuse de la saisie. En général, ce mode d'interrompre la prescription ne s'applique qu'à la prescription extinctive (n° 106).

4° « Par la saisie signifiée à celui que l'on veut empêcher de prescrire » (art. 2244). Si le commandement, qui n'est qu'un préliminaire de la saisie, interrompt la prescription, à plus forte raison en doit-il être ainsi de la saisie qui constitue l'exécution forcée du droit. Quoique le commandement interrompe déjà la prescription, il était nécessaire d'ajouter que cet effet est aussi attaché à la saisie; car après le commandement la prescription recommence à courir, et ce nouveau cours est interrompu par la saisie. Régulièrement la saisie n'interrompt que la prescription extinctive (n°s 114 et 117).

637. 5° « La prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait (art. 2248). Reconnaître le droit de celui contre lequel on prescrit, c'est se mettre dans l'impossibilité de lui opposer la prescription, car la prescription entraîne la perte du droit, or celui qui reconnaît le droit, donne, par cet aveu, la preuve la plus certaine de son existence. Aussi la reconnaissance a-t-elle des effets plus considérables que les autres modes d'interruption, comme nous le dirons plus loin (1) (n° 120).

La reconnaissance doit émaner du débiteur ou du possesseur. Reconnaître le droit de celui contre lequel on prescrit, c'est renoncer à la prescription; or celui-là seul peut renoncer qui a un droit, il n'est jamais permis de renoncer au droit d'un tiers. Il

(1) Voyez, plus loin, n° 641.

faut de plus que celui qui reconnaît le droit du créancier ou du propriétaire ait la capacité de renoncer, c'est-à-dire d'aliéner (art. 2222). Il est vrai que la reconnaissance n'est pas une abdication du droit, puisque le droit n'était pas encore acquis; toujours est-il que, sans l'aveu du débiteur ou du possesseur, la prescription se serait accomplie; la reconnaissance conduit donc à la disposition de la chose, ce qui justifie la règle établie par l'article 2222 (n[os] 123 et 124).

La reconnaissance, comme la renonciation, peut être expresse ou tacite. C'est le droit commun. On donne comme exemple de reconnaissance tacite, si le débiteur paye une partie du capital ou les intérêts sans réserver ses droits, s'il fournit caution ou une autre garantie. C'est une question d'intention, donc de fait (n[os] 126, 129). La preuve de la reconnaissance est souvent très-difficile. Si le débiteur paye les intérêts, le créancier n'a aucun motif d'agir contre lui; puis le débiteur nie qu'il a payé, comment le créancier prouvera-t-il le payement? D'après le droit commun; mais si la somme dépasse cent cinquante francs, la preuve peut devenir impossible. C'est pour ce motif que la loi (art. 2263) permet au créancier d'une rente d'exiger, vingt-huit ans après la date du dernier titre, un titre nouvel aux frais du débiteur.

Cette disposition ne concerne que les rentes, parce que c'est surtout pour les rentes perpétuelles qu'il y a danger pour le créancier, lorsque le débiteur est de mauvaise foi. Pour le prêt à intérêt, le danger ne se présente guère, puisqu'il est rare que le prêt se fasse pour plus de dix ans (n[os] 130 et 135).

§ II. *Effet de l'interruption.*

Sommaire.

638 L'interruption ne s'étend pas d'une chose ni d'une quantité à l'autre.

639. Elle ne s'étend pas d'une personne a une autre, sauf dans les cas exceptés par la loi.

640. Le principe et les exceptions s'appliquent à la reconnaissance.

641. La prescription nouvelle qui recommence à courir est-elle la même que celle qui a été interrompue? *Quid* si la prescription a été interrompue par la reconnaissance du débiteur ou du possesseur?

638. L'interruption est un acte spécial, quant à la chose qui fait l'objet de la prescription, et quant aux personnes auxquelles

elle profite. Quant aux droits dont la prescription est interrompue, il est de principe que la prescription ne s'étend pas d'une chose ni d'une quantité à l'autre. Pour l'interruption naturelle, cela est d'évidence; si je suis expulsé d'une partie du champ que je possède, et si je continue à posséder l'autre, la prescription ne sera interrompue que pour l'héritage dont je suis expulsé, parce que la raison de l'interruption n'existe que pour cette partie du fonds. Il en est de même de l'interruption civile; le créancier me poursuit en justice pour l'une des deux dettes dont je suis débiteur; la prescription sera interrompue pour cette dette, elle ne le sera pas pour l'autre (n°s 137 et 138). Cela suppose qu'il y a deux dettes distinctes à ma charge. S'il s'agit d'une dette productive d'intérêts, le créancier a deux actions, l'une pour le capital, l'autre pour les revenus, mais elles procèdent d'un seul et même droit; réclamer les intérêts, c'est exercer le droit quant au capital, puisque, sans la dette capitale, il n'y aurait pas d'intérêts; donc la prescription sera interrompue; de même l'interruption de la prescription du capital interrompt la prescription des intérêts (n° 139).

639. A qui profite l'interruption de la prescription? Il faut distinguer entre l'interruption naturelle et l'interruption civile. La première est un fait matériel; tous ceux qui y ont intérêt peuvent s'en prévaloir. Cela est aussi fondé sur la nature de la prescription acquisitive; la loi l'établit pour consolider la possession; or, il n'y a plus de possession à consolider quand le possesseur s'est laissé dépouiller de l'héritage, sans agir en justice pour recouvrer la possession (n° 144).

Il n'en est pas de même de l'interruption civile. Elle résulte d'un fait judiciaire; or, il en est des actions comme des conventions : elles n'ont d'effet qu'entre ceux qui y figurent. De là le principe traditionnel que la prescription ne s'étend pas d'une personne à une autre. Le code le consacre par les exceptions qu'il y apporte, en matière de solidarité et d'indivisibilité; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (1) (n°s 145 et 149).

L'article 2250 consacre une autre exception. Il décide que l'inter-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 485, n° 715; p. 491, n° 727; p. 507, n° 761.

pellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution. Dans l'ancien droit, la question était controversée : le code a suivi l'opinion de Pothier; nous doutons que ce soit la bonne. Le législateur a confondu la dette de la caution avec la dette des codébiteurs solidaires. L'obligation solidaire ne forme qu'une seule et même dette, et les divers codébiteurs sont considérés comme un seul et même débiteur. Il n'en est pas de même des cautions; ce qui le prouve, c'est que la dette se divise entre elles, tandis qu'elle ne se divise pas entre codébiteurs solidaires. Dès lors, il fallait appliquer au cautionnement le principe que la prescription ne s'étend pas d'une personne à l'autre (n° 151).

640. Le principe et les exceptions s'appliquent à la reconnaissance, parce qu'il y a même motif de décider. En effet, la reconnaissance est une manifestation de volonté qui n'a d'effet qu'entre parties; donc elle ne peut être invoquée que par celui au profit duquel elle est faite. Les articles 2249 et 2250 confirment le principe; ils mettent la reconnaissance sur la même ligne que l'interpellation faite au débiteur (n° 167).

641. Il y a cependant une différence entre la reconnaissance et les autres actes interruptifs de la prescription. C'est un aveu du débiteur ou du possesseur. Cet aveu n'empêche pas une nouvelle prescription de commencer, mais si l'aveu implique une novation, il en pourra résulter que la prescription nouvelle différera de celle qui avait commencé à courir, et la prescription peut même devenir impossible, comme nous allons le dire (n° 167).

En principe, la prescription qui a été interrompue peut recommencer à courir; et le droit restant le même, la prescription aussi et les conditions restent les mêmes. Si une courte prescription a été interrompue, ce sera une courte prescription qui recommencera à courir. Ce principe s'applique aussi à la reconnaissance, sauf dans le cas où l'aveu implique une novation; mais la novation ne se présume pas, elle doit résulter clairement de la volonté des parties (1) (n° 170). Nous verrons plus loin (2) un cas dans lequel la reconnaissance de la dette change la courte prescription en prescription trentenaire (art. 2274).

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 53, n° 80.
(2) Voyez, plus loin, n° 704.

La reconnaissance a encore un effet particulier en ce qui concerne l'usucapion par dix à vingt ans. Celle-ci exige la bonne foi et la possession à titre de propriétaire. Si le possesseur reconnaît les droits du propriétaire, il cesse d'être de bonne foi, et par suite il ne pourra plus prescrire que par trente ans. Son titre même peut être vicié dans son essence, et rendre toute prescription impossible. C'est ce qui arrive s'il reconnaît que sa possession est précaire, la précarité empêchant la prescription aussi longtemps que la possession précaire n'a pas été intervertie (1) (n° 172).

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DE LA PRESCRIPTION.

§ I. *Principe.*

Sommaire.

642. Le juge peut-il suppléer d'office la prescription?
643. La prescription peut-elle être opposée en tout état de cause?

642. « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription » (art. 2223). En d'autres termes, la prescription n'opère pas de plein droit; elle doit être opposée par celui qui a le droit de l'invoquer. La raison en est que la prescription soulève un scrupule de conscience; elle peut, à la rigueur, être invoquée par celui qui sait qu'il n'a pas payé sa dette, ou qu'il n'est pas propriétaire. Dans ce cas, l'honnêteté doit l'empêcher de faire valoir un moyen que l'équité réprouve. A défaut de probité, la crainte de l'opinion publique peut l'arrêter; il ne faut pas que la loi vienne au secours de ceux qui ne sont honnêtes que par respect humain, cette conscience de ceux qui n'ont pas de sens moral. C'est dire que le juge doit s'abstenir; et laisser agir la conscience, quand même ce serait la conscience des gens peu honnêtes (n° 173).

(1) Voyez, plus loin, n°s 670-672.

643. « La prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel » (art. 2224). Il est de principe que les exceptions péremptoires peuvent être opposées dans tout le cours du procès. On entend par là les exceptions qui détruisent l'action; telle est la prescription. L'article 2224 ajoute : « A moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé. » La loi s'exprime mal en disant que l'on peut être *présumé* avoir renoncé à la prescription. La renonciation ne se présume jamais, mais elle peut être tacite, comme nous allons le dire, ce qui est une question de fait (1) (n[os] 175 et 176).

§ II. *De la renonciation à la prescription.*

Sommaire.

644. Quand peut-on renoncer à la prescription? « On ne peut d'avance renoncer à la prescription » (art. 2220). La raison en est que les particuliers ne peuvent déroger aux lois qui concernent l'ordre public (art. 6), ou, en termes plus généraux, à celles qui sont d'intérêt social; or, telle est la prescription, puisqu'elle n'a d'autre fondement que le droit de la société (2) (n° 183).

L'article 2220 ajoute que l'on peut renoncer à la prescription acquise. Dans ce cas, il n'y a plus que des intérêts privés en jeu; l'intérêt public ne demande qu'une chose, c'est que les actions aient un terme; il ne demande pas que celui qui peut repousser l'action par la prescription soit obligé de l'opposer;

(1) Voyez, plus loin, n° 645.
(2) Voyez, ci-dessus, n° 616.

il y a, au contraire, un intérêt public à ce que les parties agissent sous l'inspiration de la conscience; elles doivent donc avoir le droit de renoncer aux effets d'une prescription qui serait contraire à l'équité (nº 183).

Le principe de l'article 2220 est général, il s'applique à toute prescription; mais, en réalité, il ne reçoit d'application qu'à la prescription extinctive; il ne s'est pas présenté, dans la pratique judiciaire, de renonciation à la prescription acquisitive, et les exemples que les auteurs donnent sont controversés (nº 186).

645. Comment se fait la renonciation? « La renonciation à la prescription est expresse ou tacite » (art. 2221). C'est le droit commun qui régit toute manifestation de volonté, et notamment la renonciation, sauf dans les cas où c'est un acte solennel, comme en matière de succession (nº 188).

Il n'y a pas de condition de forme pour la validité de la renonciation expresse, puisque la loi n'en prescrit aucune. On reste sous l'empire du droit commun; l'écrit, si l'on en dresse un, n'est qu'une question de preuve (nº 189).

La renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis. Tout dépend de l'intention, puisque le fait est allégué comme manifestant l'intention de celui qui renonce. Il faut que le fait suppose nécessairement la volonté de renoncer, c'est-à-dire que l'on ne puisse pas lui donner une autre interprétation. C'est le droit commun quand il s'agit d'une volonté tacite. La volonté qui s'exprime par des faits doit être aussi certaine que celle qui s'exprime par des paroles (nº 191).

646. Qui peut renoncer? Aux termes de l'article 2222, « celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise ». Cela implique que la renonciation est une aliénation. Telle était la doctrine de Dunod, et les textes du code sont en ce sens. La loi place la prescription acquisitive parmi les modes d'acquisition de la propriété (art. 712 et 2219); donc, au moment où le possesseur renonce à s'en prévaloir, il est propriétaire, il abdique par conséquent un droit de propriété; c'est dire qu'il l'aliène. De même, la prescription extinctive éteint la dette (art. 1234 et 2219); en renonçant, le débiteur fait donc revivre la créance éteinte; il abandonne un droit acquis, ce sont les termes de l'article 2221, donc il aliène. Toutefois, il y a une différence entre

la renonciation et les autres modes d'aliénation. Celui qui renonce manifeste la volonté de ne pas vouloir profiter de la prescription, cela se fait sans un concours de volontés, de même que la prescription s'accomplit sans qu'il y ait une transmission de propriété. Il en résulte que la renonciation à la prescription acquisitive est un acte unilatéral, et qu'elle ne doit pas être transcrite. Il en est de même de la renonciation à la prescription extinctive. La loi n'exige pas un concours de consentement; la renonciation est donc un acte unilatéral. Cette doctrine n'est pas tout à fait logique, mais elle résulte des textes (nos 200 et 201).

Du principe établi par l'article 2222 résulte que les incapables ne peuvent renoncer à la prescription acquise, quand même ils auraient l'administration de leurs biens; car ils n'ont pas la capacité de les aliéner. De même, les administrateurs légaux, n'ayant pas le droit d'aliéner, ne peuvent renoncer à la prescription; tels sont les tuteurs et les maris administrateurs légaux (n° 202).

647. Quel est l'effet de la renonciation? Si l'on poussait à bout le principe que la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer, il en résulterait que la renonciation a pour effet d'opérer une mutation de propriété ou l'acquisition d'un droit. Nous venons de dire (1) que le code, tout en établissant le principe, n'en consacre pas les conséquences. Dans l'opinion généralement suivie, la prescription ne devient un titre d'acquisition ou de libération que lorsque le possesseur ou le débiteur l'oppose au propriétaire ou au créancier. Lors donc que le possesseur et le débiteur renoncent à la prescription, il ne se fait aucune aliénation, aucune acquisition; malgré la prescription, le propriétaire et le créancier avaient conservé leurs droits, ils n'acquièrent rien par la renonciation; ils restent dans la situation où ils étaient (204).

648. La renonciation à la prescription laissant les parties dans l'état où elles étaient, il en résulte que la dette conserve son caractère d'obligation civile. On enseigne d'ordinaire qu'il survit à la prescription un lien naturel ou de conscience, d'où suivrait que l'obligation du débiteur serait une dette naturelle, et resterait une dette naturelle quand il renonce au bénéfice de la pres-

(1) Voyez, ci-dessus, n° 646.

cription. Cette doctrine confond les devoirs de conscience et les obligations naturelles. Quand la prescription est accomplie, il n'y a plus ni dette naturelle ni dette civile, si le débiteur veut s'en prévaloir. Et s'il y renonce, la dette reste ce qu'elle était, c'est-à-dire civile (n° 205).

649. A l'égard de qui la renonciation a-t-elle effet? Celui qui renonce à la prescription abandonne un droit acquis; cette renonciation n'a d'effet que contre celui de qui elle émane. Cela résulte de la nature même de la renonciation; c'est une manifestation de volonté; or, le lien formé par le consentement n'existe qu'à l'égard de celui qui a consenti; il ne peut être étendu à d'autres ni dépasser les limites de la volonté qui l'a formé (n° 207).

650. Quel est l'effet de la renonciation à l'égard des créanciers de celui qui renonce? L'article 2225 porte que les créanciers peuvent opposer la prescription, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. Il est assez difficile de justifier cette disposition; voici l'explication qui nous paraît la plus plausible. Pour que les créanciers aient intérêt à se prévaloir de la prescription, malgré la renonciation de leur débiteur, il faut supposer que celui-ci est insolvable. Bien qu'insolvable, il conserve le droit de disposer de ses biens, et les créanciers simplement chirographaires ne peuvent pas attaquer ses actes, à moins qu'ils ne soient faits en fraude de leurs droits. Dans notre opinion, l'article 2225 déroge à ces principes. La renonciation du débiteur ne peut pas être opposée aux créanciers, sans que ceux-ci soient tenus d'en demander la nullité par l'action paulienne. La raison de cette dérogation est que le débiteur renonce à la prescription par un scrupule de conscience; or, étant insolvable, il ferait le sacrifice de ses droits aux dépens de ses créanciers. Ce n'est pas là de la délicatesse, c'est, au contraire, un acte indélicat au point de vue des créanciers; voilà pourquoi la loi ne permet pas qu'on le leur oppose (n°s 209 et 210).

651. L'article 2225 dit aussi que les tiers, ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, quoique le débiteur ou le propriétaire y renonce. A l'égard des tiers, la renonciation est inopérante; le possesseur ou le débiteur peuvent bien renoncer au droit que la prescription leur donne, mais ils ne peuvent pas renoncer au droit qu'elle a donné à des tiers. Ainsi,

la dette prescrite était garantie par un cautionnement; dès que la prescription est acquise, le débiteur et la caution peuvent s'en prévaloir; si le débiteur y renonce, la dette subsistera à son égard; mais elle était éteinte à l'égard de la caution, celle-ci est donc libérée, et il n'appartient pas au débiteur de faire revivre son obligation. Le possesseur, devenu propriétaire par la prescription, vend l'héritage qu'il a usucapé: l'acquéreur devient propriétaire. Le possesseur pourra encore renoncer au bénéfice de la prescription au profit du propriétaire originaire; mais cette renonciation n'a aucun effet à l'égard du tiers acquéreur, lequel a sur l'immeuble un droit acquis que son auteur ne peut pas lui enlever (nos 211, 213, 214).

CHAPITRE IV.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA PRESCRIPTION.

SECTION I. — Conditions générales.

§ I. *Quelles choses sont sujettes à prescription.*

Sommaire.

652. Les choses qui ne sont pas dans le commerce sont imprescriptibles.
653. Les droits de pure faculté sont imprescriptibles.
654. Les biens qui appartiennent au domaine public sont imprescriptibles tant qu'ils sont soumis à l'usage public.

652. « On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce » (art. 2226). Cette disposition paraît ne s'appliquer qu'à la prescription acquisitive; en réalité, elle s'applique à toute prescription; on ne peut pas plus perdre par la prescription les droits qui sont hors du commerce, qu'on ne peut les acquérir. Le principe est général, parce qu'il résulte de la nature même de la prescription.

Une chose est dans le commerce quand elle a un maître, et

qu'elle peut changer de maître. Sont hors du commerce : 1° Les choses qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'appropriation, telles que l'*eau* courante; il est d'évidence qu'elles sont à plus forte raison imprescriptibles. 2° Les choses qui, quoique susceptibles d'appropriation privée, ne peuvent être l'objet d'une propriété exclusive : telles sont les choses du domaine public. La prescription a pour but de consolider les possessions; or, il ne peut s'agir de consolider la possession d'une chose qui n'est pas susceptible d'une appropriation exclusive. Quant à la prescription extinctive, elle est établie pour mettre fin aux actions; or, il ne peut y avoir ni convention ni action quant aux droits dont on ne peut ni acquérir ni perdre la propriété (n° 221).

On donne parfois une autre formule du principe de l'article 2226, en disant que tout ce qui est aliénable est prescriptible. Cela est vrai, en règle générale, mais cela n'est pas toujours vrai. Les servitudes discontinues ou non apparentes peuvent être vendues; néanmoins, elles ne peuvent être acquises par la prescription. De même, on ne peut pas dire, en termes absolus, que ce qui est inaliénable est imprescriptible : le fonds dotal est inaliénable; cependant, dans certains cas, il est prescriptible. Il vaut donc mieux s'en tenir à la formule légale (n° 222).

653. L'article 2232 se rattache à ce principe; il porte que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Pourquoi les facultés sont-elles imprescriptibles, tandis que les droits se prescrivent? La raison en est que les facultés sont l'exercice de la liberté naturelle, qui appartient à tout homme; or, ce qui caractérise la liberté, c'est que l'homme en peut user ou n'en pas user. Je ne perds pas mes droits politiques pour n'en avoir pas usé pendant trente ans; de même, si je suis propriétaire, je puis faire de ma propriété tel usage que je veux, varier à mon gré la culture de mon héritage, bâtir ou ne pas bâtir; je puis même, si tel est mon bon plaisir, ne faire aucun acte de jouissance. Perdrai-je ma propriété pour n'en avoir pas usé pendant trente ans? Non; j'ai exercé mon droit en n'en usant pas, puisque j'ai le droit de ne pas user. Il n'en est pas de même des droits qui impliquent une obligation corrélative, et toute obligation implique un lien particulier, conventionnel ou légal. Or, les

droits naissant des conventions ou de la loi qui en tient lieu sont dans le commerce, donc ils sont prescriptibles. La liberté, au contraire, n'est pas dans le commerce, donc les facultés qui constituent la liberté civile ne peuvent ni s'acquérir ni se perdre par la prescription. Le droit pour les habitants d'une commune d'user des biens communaux, tels que les fontaines publiques, les bois, sont des droits de pure faculté; on ne les perd pas en n'en usant point, et celui qui en use n'en acquiert pas la propriété (n[os] 227, 228, 231).

654. Sont encore imprescriptibles, parce qu'ils sont hors du commerce, les biens qui appartiennent au domaine public de l'État, des provinces et des communes. Nous avons dit ailleurs (1) quels sont ces biens et pourquoi la loi les place hors du commerce; destinés à l'usage de tous, il est impossible qu'ils deviennent propriété particulière, parce que cette appropriation empêcherait l'usage auquel ces biens sont affectés (n° 241).

L'imprescriptibilité du domaine public n'est pas perpétuelle. Les biens qui le composent rentrent dans le commerce et deviennent prescriptibles quand ils cessent d'être destinés à l'usage public, qui les plaçait hors du commerce; ils entrent alors dans le domaine privé de l'État, des communes et des provinces, domaine qui est prescriptible. Tels sont les terrains des fortifications quand une place cesse d'être place de guerre; l'article 541 dit que la propriété en peut être prescrite contre l'État. C'est l'application de notre principe. Il en est de même du sol des routes; quand la route est abandonnée, le terrain cessant d'être destiné à un usage public n'appartient plus au domaine public de l'État, il entre dans son domaine privé, lequel est prescriptible (n° 259).

(1) Voyez le t. I[er] de ce cours, n[os] 500-508, p. 446, 471; n° 515, p. 473; n° 517, p. 474.

§ II. *De la possession.*

N° 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

655. Classification. Effets de la possession. Renvoi.
656. Définition de la possession. Y a-t-il encore une quasi-possession? Les détenteurs précaires ont-ils la possession?
657. Quels sont les droits attachés à la possession? Quel est le fondement de ces droits?
658. Comment acquiert-on la possession?
659. Comment la possession se conserve-t-elle?
660. Comment la possession se perd-elle?

655. Le code traite de la possession dans le chapitre II du titre de la *Prescription*. D'après cette classification, on pourrait croire que la possession n'a d'autre effet que la prescription. C'est il est vrai, au point de vue du droit civil, l'intérêt le plus pratique que présente cette matière. Toutefois, la possession joue un rôle dans l'acquisition des fruits (art. 549 et 550) (1), et quand il s'agit de déterminer les droits du possesseur évincé sur les constructions et plantations qu'il a faites (art. 555) (2). Dans les successions, la saisine (art. 724), c'est-à-dire la transmission de la possession qui se fait de plein droit aux héritiers, a des conséquences très-importantes (3). Enfin, la possession est garantie par des actions spéciales. Les actions possessoires appartiennent à la procédure; quant aux autres effets de la possession, nous les avons exposés aux titres qui sont le siége de la matière. Ici nous devons traiter de la possession en général, et des con. ditions requises pour qu'elle puisse servir de base à la prescription.

La possession est la base de la prescription acquisitive, elle en est même l'unique fondement, quand le possesseur n'a ni titre ni bonne foi; quand il a un titre et la bonne foi, la possession est encore un élément essentiel sans lequel il ne peut prescrire. Dans la prescription extinctive, la possession ne joue

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 491, nos 537 et 538.
(2) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 497, no 542.
(3) Voyez le t. II de ce cours, p. 58, nos 72 et 73.

aucun rôle; on ne peut pas dire que le débiteur possède; il invoque l'inaction du créancier (nº 260).

656. L'article 2228 définit la possession en ces termes : C'est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » Cette définition comprend ce que, dans l'ancienne jurisprudence, on appelait la possession et la quasi-possession. La possession est un acte corporel qui ne peut s'exercer que sur des choses corporelles : on ne possède pas des droits. Il y a cependant des droits qui s'acquièrent par la prescription; telles sont les servitudes (art. 690). On ne possède pas, à vrai dire, une servitude, les droits n'étant pas susceptibles d'une appréhension corporelle; on jouit du droit, cette jouissance était appelée jadis quasi-possession. Le code n'a pas consacré cette terminologie; il qualifie de possession la jouissance d'un droit aussi bien que la détention d'une chose corporelle, et en parlant des servitudes, il dit qu'elles s'acquièrent par une possession de trente ans. Nous suivrons la terminologie légale (nº 262).

Ainsi pour qu'il y ait possession, il faut ou la *détention* d'une chose ou la *jouissance* d'un droit. Détenir veut dire, tenir dans sa main, avoir en sa puissance, et le mot *jouir* a une signification analogue. La possession implique donc l'idée d'une détention à titre de propriétaire. Il y a une détention qui exclut l'idée de propriété; les preneurs, usufruitiers, et tous ceux qui sont détenteurs précaires, détiennent la chose sans la posséder; ils possèdent pour autrui, dit l'article 2236, c'est-à-dire que ce sont les bailleurs, prêteurs, déposants, nus propriétaires qui possèdent par l'intermédiaire des détenteurs précaires; ceux-ci n'ont donc pas la possession (nº 263).

657. La possession est un fait, ce n'est pas un droit. Mais la loi attache certains droits au fait de la possession. On explique les droits résultant d'un fait par une présomption de propriété attachée à ce fait. La possession est presque toujours unie à la propriété, dont elle est la manifestation et l'exercice. Là où la loi voit des actes de possession, tels qu'en fait le propriétaire, elle doit supposer que la propriété appartient au possesseur. Il se peut que cette probabilité fasse défaut, puisqu'il arrive que la propriété

est séparée de la possession; tel est le cas où le possesseur a acheté l'héritage de celui qui n'en était pas le propriétaire; la propriété n'appartient pas au possesseur; mais si le propriétaire ne fait aucun acte de possession, tandis que le possesseur en fait, il est naturel de supposer que celui qui fait des actes de possession a aussi le droit de les faire; en ce sens il y a une présomption de propriété attachée à la possession, jusqu'à ce que le vrai propriétaire fasse valoir ses droits en revendiquant la chose contre le possesseur. Nous avons dit ailleurs quelle est, dans ce cas, la situation du possesseur évincé (1).

Quels sont les droits que la loi attache à la possession? Les droits que l'on rapporte à la possession ne tiennent pas tous à une présomption de propriété. Il en est ainsi du principe que *in pari causa melior est conditio possidentis*. Un procès s'élève entre deux personnes sur la propriété d'un fonds; le possesseur, défendeur, obtiendra gain de cause si le demandeur ne prouve pas son droit de propriété. Cet avantage ne dérive pas de la possession, il appartient à tout défendeur, en vertu de l'adage, *actore non probante, reus absolvitur*.

Un second effet de la possession est que le possesseur a les actions possessoires. Quand il est troublé dans sa possession, il a une action appelée *complainte*, pour être maintenu dans sa possession; et s'il en est dépouillé violemment, il a une action appelée *réintégrande*, pour être réintégré dans sa possession. Pour que le possesseur ait ces actions, il doit posséder depuis un an paisiblement et à titre de propriétaire, et il doit agir dans l'année du trouble ou de la dépossession (code de pr., art. 23). Les actions possessoires sont fondées moins sur une présomption de propriété que sur un intérêt social; il y a une voie de fait exercée contre le possesseur; or la loi ne peut pas permettre les violences, quand même elles seraient exercées par celui qui prétend avoir un droit. La possession qui n'a pas duré une année ne donne pas les actions possessoires, parce que l'ancien possesseur les a encore et peut faire cesser d'un instant à l'autre une possession qui, à son égard, n'est qu'une usurpation. Une possession sans durée ne donne aucun droit.

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 187, n° 535.

Le possesseur gagne encore les fruits ; il faut pour cela qu'il soit de bonne foi, et il n'est de bonne foi que s'il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices (1). Cet avantage n'est donc pas attribué à la seule possession.

L'effet le plus considérable de la possession, c'est la prescription. Il faut ajouter que c'est dans un intérêt social que la loi consolide les possessions par la prescription. En définitive, la présomption de propriété, sur laquelle on fonde tous les effets de la possession, n'explique pas ces effets par elle seule ; il y a d'autres considérations dont le législateur a tenu compte (n°s 264, 265).

658. Le code n'a pas formulé de principes sur l'acquisition, la conservation et la perte de la possession. On peut déduire ces principes de la nature même de la possession. La possession est la détention de la chose, avec l'intention de l'avoir à titre de propriétaire. Donc pour acquérir la possession, il faut deux conditions : la détention corporelle de la chose et l'intention de la posséder pour soi, comme maître. De là suit que les personnes qui ne sont pas capables de volonté, les enfants, les aliénés, ne peuvent pas acquérir par eux-mêmes la possession, mais elles le peuvent par l'intermédiaire de leurs administrateurs, qui les représentent (n° 269).

659. La possession, une fois acquise, se conserve par l'intention, sans que le possesseur soit tenu de faire des actes de jouissance. Sous ce rapport, la possession est assimilée à la propriété. Mais ce principe reçoit une restriction quand il s'agit de la prescription ; le possesseur qui prescrit veut plus que conserver la possession, il veut acquérir la propriété par la prescription ; or, pour que la possession puisse servir de base à la prescription, elle doit être *continue*, et elle n'est pas continue quand le possesseur cesse de jouir ; partant le possesseur ne peut pas invoquer la possession qu'il aurait conservée par la seule intention (n° 268).

La seule intention est insuffisante pour conserver la possession, quand un tiers s'est emparé de l'héritage et le possède. En ce qui concerne la prescription, cela est d'évidence, parce que

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 491, n°s 557-574.

la possession est interrompue lorsque le possesseur la perd par l'usurpation d'un tiers, et une possession interrompue ne peut servir de base à la prescription (art. 2229) (n° 269).

660. La possession se perd d'abord par l'abandon volontaire qu'on en fait. Quand le vendeur fait à l'acheteur la délivrance de la chose, il la transporte en sa puissance et possession; par suite, il cesse de la posséder. Les auteurs ajoutent que l'abandon de la possession a lieu, sans qu'elle soit transmise à un autre, quand le possesseur jette une chose mobilière, ou quand il délaisse un héritage, dans l'intention d'en abdiquer la propriété. C'est de la théorie d'école; dans les tristes temps de la décadence romaine, on voyait les habitants déserter leurs maisons et leurs terres; de nos jours, on se dispute le sol, on ne le délaisse pas (n° 271).

N° 2. DES CONDITIONS REQUISES POUR QUE LA POSSESSION PUISSE SERVIR DE BASE A LA PRESCRIPTION.

Sommaire.

661. Ces conditions s'appliquent à toute prescription acquisitive.

661. Le chapitre II détermine les conditions requises pour que la possession puisse servir de base à la prescription. Le chapitre III est intitulé : « Des causes qui empêchent la prescription. » Il s'y agit de la possession à titre précaire. Ces deux chapitres concernent donc la possession qui sert de base à la prescription acquisitive. Elle est fondée sur la possession; mais toute possession ne peut être invoquée par le possesseur contre le propriétaire; la loi veut qu'elle soit de telle nature qu'elle avertisse le propriétaire qu'un tiers possède son héritage, comme en étant le maître ou comme prétendant le devenir, de sorte que la possession mette le propriétaire en demeure d'interrompre la prescription et d'exercer ses droits s'il en a. Les conditions que la loi exige s'appliquent à toute prescription acquisitive, à celle qui se fonde exclusivement sur la possession, sans que le possesseur ait ni titre ni bonne foi, aussi bien qu'à la prescription de dix à vingt ans; les motifs sont identiques (n° 273).

« Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire » (art. 2229).

I. *La possession doit être continue et non interrompue.*

Sommaire.

662. Qu'entend-on par possession *continue?* Quand est-elle *discontinue?*
663. Qu'entend-on par possession *interrompue?* Quelle différence y a-t-il entre la possession *interrompue* et la possession *discontinue?*

662. La possession doit être *continue,* en ce sens que le possesseur doit faire les actes réguliers de jouissance qu'un propriétaire, bon père de famille, fait sans discontinuation, afin de tirer de l'héritage toute l'utilité qu'il peut lui procurer. C'est l'application du principe que nous venons d'établir (1). La possession de celui qui prescrit doit être la manifestation du droit qu'il prétend avoir sur la chose et qu'il réclamera quand la prescription sera accomplie. Or, s'il est réellement propriétaire, il doit jouir comme tel, non pas en homme négligent, mais en homme soigneux; car il s'agit d'exproprier celui qui est ou qui se dit propriétaire; il faut, par conséquent, que pendant tout le temps requis pour la prescription, les actes de possession frappent l'attention du propriétaire. Toutefois la jouissance *continue* n'est pas une jouissance *incessante,* sans intervalle aucun; une pareille possession serait le plus souvent impossible; un cultivateur possède son champ, en y faisant les travaux de culture qu'il exige, sans qu'il doive l'occuper jour et nuit et à tous les instants. Mais s'il abandonne temporairement le fonds, s'il laisse des intervalles dans sa jouissance, la possession sera discontinue; il ne pourra l'invoquer contre le propriétaire, parce que celui-ci n'a pas été mis en demeure d'agir contre le possesseur (n° 275).

663. La possession est *interrompue* lorsque la prescription a été interrompue, soit naturellement, soit civilement. Cette interruption a pour effet de rompre ou de briser la possession; celle qui a couru jusqu'au moment où la prescription est interrompue est considérée comme non avenue; ce n'est que la possession future qui pourra être invoquée (n° 278).

Il ne faut pas confondre la possession *interrompue* avec la possession *discontinue.* La discontinuité est un fait d'abstention du

(1) Voyez, ci-dessus, n° 661.

possesseur qui néglige d'exercer son droit; cette négligence fait supposer qu'il n'a pas de droit; car le propre de ceux qui ont un droit n'est point d'en négliger l'exercice. L'interruption est d'ordinaire un acte par lequel le propriétaire revendique son droit, soit en expulsant le possesseur comme un usurpateur, soit en procédant contre lui par voie judiciaire. Si le possesseur souffre l'interruption naturelle, sans former une action possessoire, il reconnaît qu'il est sans droit; dès lors, il ne peut se prévaloir de la possession interrompue, comme manifestation de son droit. Quant à l'interruption civile, c'est l'issue du procès qui décide laquelle des deux parties est sans droit. L'interruption de la prescription se fait encore par la reconnaissance que le possesseur fait des droits de celui contre lequel il avait commencé à prescrire; c'est une abdication de la possession qui, dès lors, devient inutile pour la prescription. La discontinuité n'est pas une reconnaissance des droits du propriétaire, mais la possession discontinue ne manifeste pas la prétention à un droit; dès lors, le propriétaire n'a aucune raison d'agir.

La possession *discontinue* n'est pas une possession *interrompue;* le possesseur qui ne jouit que par intervalles ne perd pas la possession, mais il n'a pas une possession utile à la prescription; tandis que l'interruption a pour effet d'effacer la possession. Quand l'interruption est civile, la possession du défendeur continue pendant l'instance; c'est le résultat du procès qui décidera si cette possession est utile à la prescription. La possession sera utile, si la demande est rejetée; si la demande est admise, la possession de fait que le défendeur a eue après l'acte interruptif n'a plus aucune valeur; on ne peut pas dire que sa possession a été continue, car il n'a pas eu de possession (n° 279).

II. *La possession doit être paisible et non entachée de violence*

Sommaire.

664. Qu'entend-on par possession paisible?
665. Qu'entend-on par possession violente? Quelle différence y a-t-il entre la possession violente et la possession non paisible?

664. « La possession doit être *paisible* » (art. 2229). Ce mot marque une jouissance qui n'est point troublée. Il peut y avoir

trouble de droit ou trouble de fait. Le trouble de droit suppose une action judiciaire; ce n'est pas de ce trouble que l'article 2229 entend parler; car la demande en justice interrompt la prescription, et, par suite, la *possession* est *interrompue* (n° 368); or la loi distingue la possession *non interrompue* et la possession *paisible*. Reste le trouble de fait, qui a le même objet que le trouble de droit, mais qui se manifeste par des actes différents. On suppose que celui qui se prétend propriétaire n'a point de titre, il ne peut donc pas agir en justice, mais il essaye d'expulser le possesseur; s'il y réussit, et si la dépossession dure un an, il y aura interruption de prescription et de possession; mais s'il ne réussit pas à déposséder le possesseur, et s'il renouvelle ses tentatives, ou s'il s'empare des fruits, il trouble le possesseur dans sa jouissance; celle-ci ne sera pas paisible, partant le possesseur ne peut s'en prévaloir contre le propriétaire. Cela est fondé en raison. Si le possesseur était réellement propriétaire, il ne se bornerait pas à repousser la force par la force, il agirait en justice; son inaction témoigne contre lui; la loi ne peut pas considérer comme une manifestation du droit une possession que le possesseur n'ose pas maintenir par les voies de droit (n°s 280 et 281).

665. L'article 2233 porte que « les actes de violence ne peuvent fonder une possession capable d'opérer la prescription ». Il ne faut pas confondre la possession *violente* avec la possession *non paisible*. Le mot *paisible* marque un état permanent qui doit durer, comme les autres caractères de la possession, pendant tout le temps requis pour la prescription; la violence, au contraire, est un acte momentané, on l'emploie pour se mettre en possession; c'est en ce sens que la loi dit que la violence ne peut *fonder* une possession utile à la prescription. Mais la violence cesse nécessairement, et dès qu'elle cesse, dit l'article 2233, la possession utile commence. Tout ce qui résulte de la violence, c'est que le temps pendant lequel elle a duré ne compte pas au possesseur pour prescrire; la force ne peut fonder aucun droit. Le possesseur qui repousse la violence par la force n'a pas une possession violente, parce qu'il use de son droit; mais si les violences continuent, sa possession ne sera pas paisible, si le possesseur ne recourt pas à la justice pour faire cesser le trouble (n°s 283 et 284).

III. *La possession doit être publique.*

Sommaire.

666. La possession publique est celle que le possesseur exerce au vu et au su de ceux qui l'ont voulu voir et savoir : ce sont les termes d'une ancienne coutume. Cette condition, comme les autres, découle du principe sur lequel est fondée la prescription. La loi consolide la possession, parce qu'elle y voit la manifestation d'un droit; il faut donc que le possesseur jouisse comme jouit le propriétaire; or celui-ci ne se cache pas pour jouir, la possession consistant essentiellement en actes extérieurs. Si, au lieu de posséder au vu et au su de tous, le possesseur le fait clandestinement, il témoigne contre lui-même; la loi ne peut pas considérer sa possession comme un droit quand le possesseur semble en douter. D'ailleurs la prescription exproprie le propriétaire, il faut donc que celui-ci soit averti par la possession que le possesseur prescrit contre lui. Ce n'est pas à dire qu'il doive réellement avoir connaissance de la possession; il suffit qu'il puisse l'avoir; s'il ignore ce que tout le monde sait ou peut savoir, il est négligent, et il ne peut pas se prévaloir de sa négligence contre le possesseur (nº 286).

IV. *La possession doit être non équivoque.*

Sommaire.

667. La possession est équivoque quand, par sa nature, elle est douteuse, de sorte que l'on ne sait point si elle est la manifestation d'un droit appartenant au possesseur ou si elle est un pur fait. Telle est la possession d'un communiste. Celui qui possède la chose par indivis avec d'autres possesseurs fait des actes de possession qu'il invoque ensuite comme manifestation du droit de propriété qu'il réclame contre ses copossesseurs. Sa possession sera presque toujours équivoque, parce que d'ordinaire

il aura joui à titre de communiste, ce qui exclut l'idée d'un droit absolu, comme l'est le droit de propriété. Ce n'est pas à dire que le communiste ne puisse jamais prescrire; seulement il lui est plus difficile de prouver que ses actes de jouissance impliquent un droit à son profit. S'il y a doute sur le caractère des faits qu'il invoque, sa possession sera équivoque, ce qui rend la prescription impossible (nos 290-293).

V. *La possession doit être à titre de propriétaire.*

Sommaire.

668. Le possesseur doit posséder à titre de propriétaire (art. 2229). Cela ne veut pas dire que le possesseur doit posséder en vertu d'un titre translatif de propriété; le possesseur sans titre ni bonne foi peut prescrire par trente ans, donc l'usurpateur peut avoir une possession à titre de propriétaire, en ce sens que, par ses actes de jouissance, il manifeste la volonté d'être propriétaire. Cette dernière condition est la plus essentielle pour que le possesseur puisse prescrire : la possession doit manifester sinon le droit, du moins la prétention au droit, de sorte que la loi puisse y voir une présomption de propriété et que le propriétaire contre lequel elle est invoquée n'ait pu douter que son droit était menacé. On oppose la possession à titre de propriétaire à la possession à titre précaire; ceux qui possèdent pour autrui ne peuvent pas prescrire, parce que le titre même en vertu duquel ils possèdent ne leur permet pas de posséder à titre de propriétaire (n° 294).

669. L'article 2232 consacre une conséquence du principe; il porte que les actes de *pure faculté* et de *simple tolérance* ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Nous avons dit plus

haut (1) ce que l'on entend par actes de *pure faculté*. Quant aux actes de *simple tolérance*, ils ne peuvent fonder une possession utile à la prescription, puisque la tolérance implique que celui qui possède n'a pas de droit, et la prescription suppose l'existence d'un droit chez le possesseur, ou du moins la prétention à un droit. C'est pour ce motif que le code n'admet pas l'acquisition par la prescription des servitudes discontinues (art. 691); les actes de possession que l'on pourrait invoquer sont le plus souvent des actes de bon voisinage, c'est-à-dire des actes de tolérance; ce qui exclut toute idée de droit (n[os] 296 et 297).

670. Il suit du même principe que les possesseurs précaires ne peuvent prescrire. On entend par là ceux qui possèdent pour autrui : tels sont les fermiers, l'usufruitier, le dépositaire (art. 2236). Les possesseurs précaires ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit; la raison en est qu'ils n'ont pas la possession, elle appartient à celui au nom duquel ils possèdent; ils sont obligés, par le titre même de leur détention, à lui restituer la chose qu'ils détiennent précairement de lui; et cette obligation passe à leurs héritiers. Le vice de précarité est donc perpétuel, à moins que la détention précaire ne soit intervertie; nous dirons plus loin comment se fait l'interversion. Cela est logique, en ce sens que le vice de précarité se transmet aux héritiers avec l'obligation qui leur incombe de restituer la chose. Mais la conséquence n'est guère en harmonie avec le principe sur lequel est fondée la prescription acquisitive. Elle a pour objet de consolider les possessions; un usurpateur peut opposer la prescription après trente ans. Et il a été jugé qu'une commune ne pouvait prescrire après une possession de sept siècles, parce qu'elle avait commencé à posséder à titre d'usagère, donc à titre précaire, et ce titre se perpétue, et réclame toujours contre le détenteur, alors même que le titre primitif est tombé dans l'oubli, et que les détenteurs possèdent, du moins en fait, comme propriétaires (n[os] 299 et 309).

Toutefois, le principe qu'il n'y a pas lieu à prescription quand la détention est précaire, doit être entendu avec une restriction. Le propriétaire qui concède la chose à titre précaire, de bail par

(1) Voyez, ci-dessus, n° 655.

exemple, a deux actions, l'action personnelle naissant du bail, et l'action réelle dérivant du droit de propriété; la première se prescrit par trente ans, comme toute action personnelle; la seconde peut être formée contre le détenteur précaire tant qu'il détient la chose, car il ne peut pas prescrire; mais s'il l'aliène, l'acheteur peut prescrire, comme nous allons le dire. Il en résulte que le propriétaire peut perdre son droit de propriété par la prescription, et il n'aura contre le détenteur précaire qu'une action en dommages-intérêts, qui se prescrit par trente ans (n° 310).

671. Les successeurs à titre particulier peuvent prescrire (art. 2239). La raison en est qu'ils ne sont pas tenus des obligations de leur auteur; l'obligation de restitution et, par suite, la qualité de détenteur précaire ne passent donc pas du vendeur à l'acheteur. Quand le fermier vend un fonds qu'il tient à bail, l'acheteur ne devient pas propriétaire, mais il acquiert une possession utile à la prescription, car sa possession n'est pas celle de son auteur, c'est une possession nouvelle qui n'est point entachée du vice de précarité (n° 312).

672. Les détenteurs précaires peuvent prescrire si le titre de leur possession se trouve interverti, c'est-à-dire si leur titre précaire fait place à une possession à titre de propriétaire. L'interversion se fait soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction que les détenteurs précaires opposent au droit du propriétaire (art. 2238) (n° 315).

Il y a cause venant d'un tiers quand le détenteur acquiert le fonds par un acte translatif de propriété, émané d'un tiers, et par tiers on entend ici même le bailleur, car il est tiers à l'égard du vrai propriétaire contre lequel la prescription va commencer à courir, après l'interversion du titre. Que le détenteur précaire soit de bonne foi ou de mauvaise foi, peu importe, son titre est interverti, seulement s'il est de mauvaise foi, il ne prescrira que par trente ans. Il faut ajouter que même pour la prescription trentenaire, la possession devra réunir toutes les conditions requises par l'article 2229, ce qui est une garantie contre la mauvaise foi. Le fermier achète d'un tiers qu'il croit n'être pas propriétaire le fonds qu'il tient à bail, et pour cacher son usurpation, il continue à payer ses fermages; pourra-t-il prescrire?

Non, car il ne possède pas à titre de propriétaire, puisque, à l'égard du bailleur, il continue à détenir précairement (nos 316 et 317).

Le détenteur précaire intervertit encore son titre par la contradiction qu'il oppose au droit du propriétaire; il faut pour cela un acte par lequel le détenteur manifeste la volonté de posséder à l'avenir comme propriétaire, ce qui implique de plus la négation du droit de celui de qui il tenait la chose. C'est une question de fait; la loi ne définit pas l'interversion, il appartient donc au juge de décider d'après les circonstances de la cause. L'interversion peut se faire par des actes légitimes; le bailleur poursuit le fermier en payement des fermages; le fermier répond qu'il est propriétaire, et qu'il ne payera plus de fermages; dès ce moment, sa possession sera intervertie. L'interversion peut aussi être matérielle et plus ou moins violente; sur le refus du fermier de payer les fermages, le bailleur veut se mettre en possession des lieux loués; le preneur l'expulse; dès ce moment, il commencera à prescrire si sa possession réunit les conditions exigées par la loi (n° 323).

673. L'article 2240 consacre une conséquence de ces principes : « On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. » Quand on dit que l'on ne peut prescrire contre son titre, cela suppose que l'on possède à titre précaire, or le détenteur précaire ne peut jamais prescrire (art. 2236), à moins que son titre ne soit interverti, et l'interversion ne peut pas se faire par la seule volonté du détenteur; il faut ou le fait d'un tiers ou la contradiction opposée au propriétaire, et, par conséquent, la négation soufferte par lui. Hors de ces deux cas, la possession précaire reste ce qu'elle était, précaire. Tel est le sens du principe traditionnel, que le titre est la règle des possessions, et que l'on peut toujours ramener la possession à l'exécution du titre quand elle y est contraire. Il y a des applications mémorables de ce principe. Les jésuites de Dôle furent évincés d'un bois qu'ils possédaient depuis plus de cent ans, comme possèdent les propriétaires, mais on produisit contre eux l'acte primitif de leur possession, et cet acte ne leur donnait que le droit d'usage; détenteurs précaires, ils n'avaient pu, par leur seule volonté, en

jouissant comme propriétaires, changer la cause de leur possession (nos 327-329).

L'article 2241 ajoute que l'on peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on prescrit la libération de l'obligation que l'on a contractée. C'est dire que le principe que l'on ne prescrit pas contre son titre ne reçoit pas d'application à la prescription extinctive. En réalité, le débiteur qui invoque la prescription ne prescrit pas contre son titre, car la prescription qu'il oppose au créancier n'a rien de contraire au titre que celui-ci produit. Le titre existait, le débiteur le reconnaît, mais ce titre est éteint (art. 2160; loi hyp. art. 95), et il est éteint indépendamment d'un fait quelconque du débiteur : c'est la loi qui, dans un intérêt public, le déclare éteint. La prescription extinctive a donc son principe dans l'inaction du créancier, preuve que le titre n'y est pour rien (no 333).

No 3. PREUVE DE LA POSSESSION.

Sommaire.

674. Qui doit prouver la possession? Le demandeur ou le défendeur qui l'allègue. C'est l'application du principe que la preuve incombe au demandeur, et le défendeur devient demandeur quant à l'exception qu'il oppose (1). La preuve de la possession comprend les caractères qu'elle doit réunir d'après l'article 2229, pour qu'elle puisse servir de base à la prescription. Cette preuve serait souvent très-difficile, et quand elle se fait par témoins, elle entraînerait des procédures longues et coûteuses; pour la faciliter, la loi établit des présomptions, et l'effet de toute présomption est de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elle existe (2) (art. 1352) (no 336).

675. Le possesseur doit prouver que sa possession est continue (art. 2229), c'est-à-dire qu'il a fait des actes de jouissance réguliers pendant dix à trente ans. Pour faciliter cette preuve,

(1) Voyez le t. III de ce cours, p. 108, no 187.
(2) Voyez le t. III de ce cours, p. 160, no 265.

la loi établit une présomption : « Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire » (art. 2234). Cette présomption, comme toute présomption légale, est fondée sur une probabilité. La possession, quand elle est la manifestation de la propriété, s'exerce par des actes de jouissance qui se reproduisent régulièrement ; il doit en être de même de la possession qui conduit à la prescription, puisqu'elle est l'expression d'un droit. Il est donc probable que celui qui possède actuellement, et qui prouve avoir possédé anciennement, n'a pas cessé de faire des actes réguliers de possession (n° 337).

La présomption de continuité admet la preuve contraire (art. 2234). C'est le droit commun (art. 1352). Celui qui prétend que la possession n'a pas été continue doit prouver qu'elle a été discontinue, dans le sens que nous avons expliqué plus haut (1) (n° 338).

676. Le possesseur doit prouver qu'il possède à titre de propriétaire. Aux termes de l'article 2230, on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire : la raison en est que la possession est régulièrement la manifestation de la propriété, de sorte que, d'ordinaire, le possesseur est aussi propriétaire. Cette présomption peut être combattue par la preuve contraire, laquelle se fait aussi par des présomptions. Celui qui prétend que le possesseur n'est pas propriétaire doit seulement prouver que le défendeur a commencé à posséder pour un autre (art. 2230) : « Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre s'il n'y a preuve du contraire. » Cette présomption est aussi fondée sur une probabilité. La détention à titre précaire ne cesse que par une interversion du titre, ce qui est une rare exception ; régulièrement, la détention continue à être précaire ; c'est au détenteur de prouver qu'elle est intervertie (art. 2238) (n° 341).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 662.

§ III. *Du temps requis pour prescrire.*

N° 1. COMMENT LE TEMPS SE CALCULE.

Sommaire.

677. « La prescription se compte par jours et non par heures » (art. 2260). Les prescriptions dont il est parlé dans notre titre comprennent des années ou des mois, mais les mois et les années se composent de jours et, par conséquent, d'heures; il importe donc de savoir si l'on compte le temps par heure ou par jour. Au point de vue mathématique, le calcul par heure serait le plus exact; si la loi ne l'a pas admis, c'est qu'il eût été très-difficile, pour ne pas dire impossible, de fixer avec certitude l'heure à laquelle une prescription a commencé. Consulte-t-on les actes, ils sont datés, non par heure, mais par jour. A-t-on recours aux témoignages, et telle est la règle, où trouvera-t-on des témoins qui, après dix, vingt ou trente ans, se rappelleront l'heure à laquelle un fait de possession a eu lieu? Il fallait donc se contenter de la preuve, déjà très-difficile, du jour où la prescription a commencé (n° 350).

678. Du principe que le temps se compte par jours suit qu'un jour ne compte, dans le calcul du temps requis pour la prescription, que lorsqu'il est complet, c'est-à-dire lorsque les vingt-quatre heures sont écoulées. L'article 2261 le dit pour le dernier jour du terme : la prescription est acquise quand ce jour est accompli. La loi ne dit rien du premier jour du terme; il suit du même principe que les quelques heures du premier jour ne comptent pas, parce qu'une fraction de jour n'est pas prise en considération (nos 351, 352).

679. Le code ne dit pas comment se comptent les mois. Lors de la publication du code civil, le calendrier républicain était encore en vigueur; par suite, les mois avaient une durée uniforme de trente jours, sauf celui de fructidor, qui comprenait les

jours complémentaires. Quand parut la dernière édition officielle, en 1807, le calendrier républicain était aboli; on aurait dû remplacer la disposition primitive par une disposition nouvelle, on se borna à la retrancher. De là une lacune. Le calendrier grégorien étant rétabli, il ne peut plus être question de mois de trente jours, ce serait une fiction et il n'y a pas de fiction sans loi. Il faut donc compter les mois, tels qu'ils sont, date par date, ou, comme on dit, de quantième à quantième, sans faire attention à à leur durée inégale (nº 353).

Il en est de même des années; elles ont une durée égale, sauf l'année bissextile, qui compte trois cent soixante-six jours; on ne tient pas compte de ce jour complémentaire; quoique comprenant un jour de plus, l'année bissextile ne compte que pour un an, et non pour un an et un jour (nº 354).

Nº 2. DE LA JONCTION DES POSSESSIONS.

Sommaire.

680. Qu'est-ce que la jonction des possessions? Différence entre le successeur universel et le successeur particulier.

681. Sous quelles conditions se fait la jonction des possessions?

682. Application du principe au vice de mauvaise foi.

680. « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux » (art. 2235). C'est ce qu'on appelle la *jonction des possessions*. Si un immeuble a été vendu successivement à plusieurs personnes, le dernier acheteur peut se prévaloir de la possession de tous ceux qui l'ont précédé, de sorte qu'il aura accompli la prescription trentenaire, quand même il n'aurait possédé que pendant un an, si ses auteurs ont possédé pendant vingt-neuf ans. Quel est le motif sur lequel se fonde la jonction des possessions? C'est dans l'intérêt de la société que la prescription est établie; il importe que les possessions soient stables, il faut donc les consolider. Partant il faut considérer la possession plutôt que les possesseurs; dès que la possession a duré trente ans, elle doit l'emporter sur les droits de celui qui se prétend

propriétaire; il est indifférent qui a possédé. Voilà pourquoi la loi ne distingue pas, quant au principe, entre les successeurs à titre gratuit et les successeurs à titre onéreux, ni entre les successeurs universels et les successeurs particuliers. Mais quant aux conditions requises pour qu'il y ait lieu à jonction des possessions, il y a une distinction essentielle à faire : le successeur universel continue la possession de son auteur, tandis que le successeur particulier commence une nouvelle possession (n°s 356, 357).

Le successeur universel succède aux droits et aux obligations du défunt; il n'a donc pas de droit qui lui soit propre, ses droits sont ceux de son auteur; il n'y a pas à distinguer s'il a ou non la saisine, qu'il soit le représentant de la personne du défunt ou qu'il ne le soit pas, cela n'a aucune influence sur la nature de ses droits, sa possession n'en est pas moins celle que le défunt avait. Tout autre est la situation du successeur particulier; il tient son droit de son acquisition, et cette acquisition ne le soumet pas aux obligations de l'auteur, donc sa possession n'est pas celle de son auteur, mais elles peuvent être jointes pour compléter la prescription (n° 357).

681. Du principe que le successeur universel continue la possession du défunt, tandis que le successeur particulier commence une possession nouvelle, suit que la jonction des possessions se fait sous des conditions différentes dans les deux cas. L'héritier continue la possession, par le fait seul qu'il accepte l'hérédité, sa possession et celle du défunt ne forment qu'une seule et même possession. Il ne pourrait donc pas commencer une possession nouvelle : la possession du défunt était-elle utile à la prescription, la sienne le sera aussi : la possession du défunt était-elle vicieuse, celle du successeur universel le sera également (n° 358).

La possession du successeur particulier, au contraire, étant une nouvelle possession, peut être utile à la prescription, bien que celle de son auteur fût vicieuse; et elle peut être vicieuse, alors que celle de son auteur ne l'était point. Dans le dernier cas, il ne pourra pas prescrire; il ne peut pas invoquer la jonction des possessions, puisque les deux possessions étant d'une nature différente ne peuvent pas être jointes. Dans le premier cas, il peut commencer à prescrire, mais il ne peut pas joindre à sa possession celle de son auteur, puisque celle-ci était vicieuse. De

là suit que la possession de son auteur ne lui profite que lorsque les deux possessions sont d'égale nature (n° 358).

Les articles 2236 et 2237 appliquent cette distinction au vice de précarité. Ce vice passe aux successeurs universels; par suite, ceux-ci ne peuvent pas prescrire, tandis que le successeur particulier d'un détenteur précaire peut commencer à prescrire; mais il n'y a pas lieu à jonction des possessions, puisque la possession de l'auteur était vicieuse (n° 359).

682. Ces principes s'appliquent-ils au vice de mauvaise foi? Pour prescrire par dix à vingt ans, le possesseur doit être de bonne foi. S'il est successeur à titre particulier et de bonne foi, il peut commencer une prescription, quand même son auteur aurait été de mauvaise foi, car sa possession est distincte et nouvelle; si l'auteur était de bonne foi, et le successeur de mauvaise foi, la prescription est impossible, car il ne peut pas y avoir de jonction des possessions, le nouveau possesseur ne pouvant invoquer sa possession, à raison de sa mauvaise foi; mais il pourra prescrire par trente ans, puisque la bonne foi n'est pas requise pour cette prescription et, par suite, il y aura lieu à la jonction des deux possessions (n° 360).

Si le successeur est universel, sa possession se confond avec celle de son auteur; il faut donc voir si celle-ci était utile pour prescrire. La bonne foi ne doit exister qu'au commencement de la possession (art. 2269); la mauvaise foi qui survient pendant le cours de la possession n'empêche pas le possesseur de prescrire. De là suit que si le défunt avait la bonne foi au moment de l'acquisition, il transmet une possession utile à la prescription à son successeur universel, quand même celui-ci serait de mauvaise foi; car c'est une mauvaise foi qui survient pendant le cours de la possession, puisque la possession de l'héritier et celle de son auteur ne forment qu'une seule et même possession. C'est une conséquence du principe établi par l'article 2269; elle ne témoigne pas pour la moralité du principe d'où elle découle. Si le successeur universel est de bonne foi et que le défunt ait été de mauvaise foi, il ne peut y avoir de prescription, puisque le vice se transmet au successeur universel, en ce sens qu'il ne peut pas commencer une nouvelle possession. La jonction des possessions est donc impossible, ainsi que la prescription (n° 361).

SECTION II. — Règles spéciales.

§ I. *De la prescription trentenaire.*

Sommaire.

683. « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans » (art. 2262). La prescription trentenaire est extinctive ou acquisitive. Elle est extinctive lorsque, pour s'accomplir, elle n'a besoin que d'une condition, l'inaction du créancier. Il en est ainsi des actions personnelles; par cela seul que le créancier n'agit point dans le délai de trente ans, le débiteur peut le repousser par la prescription (n° 367).

Quant aux actions réelles, il faut distinguer. Il y a des droits réels qui s'éteignent par le non-usage : tels sont les droits de servitude réelle (art. 706), ou personnelle (art. 617) et d'hypothèque (loi hyp., 108). Le droit de propriété ne s'éteint pas par le seul non-usage pendant trente ans, il faut de plus que l'héritage soit possédé par un tiers. L'article 2262 ne le dit pas, mais cela résulte du principe même sur lequel est fondée la prescription acquisitive; elle a été établie pour consolider les possessions, il faut donc qu'il y ait une possession; tant qu'il n'y a pas de possession, le propriétaire est libre d'user ou de ne pas user de son droit; il le conserve sans en user, par la seule intention (nos 367, 383, 384).

684. La prescription trentenaire ne demande ni titre ni bonne foi (art. 2262). Sur ce dernier point, le code est en opposition avec le droit canon, qui exigeait la bonne foi dans toute prescription, et même avec la doctrine de nos anciens auteurs qui permettaient au propriétaire d'opposer au possesseur l'exception de mauvaise foi. Nous ne savons pourquoi le législateur s'est écarté de la tradition. En principe, il ne saurait y avoir un droit fondé sur la mauvaise foi, et la loi ne devrait jamais donner à la

possession de mauvaise foi un effet quelconque, car c'est la récompenser et l'encourager. Vainement dirait-on que le domaine du droit n'est pas celui de la morale; cela n'empêche pas que l'ordre social ait pour base l'ordre moral, et que devient l'ordre moral, quand le législateur consacre l'usurpation aux dépens de la propriété? (n° 369.)

685. La prescription trentenaire est la règle (art. 2262). Elle reçoit des exceptions; il y en a dans notre titre, et dans d'autres titres du code civil. Ces prescriptions spéciales étant exceptionnelles, il faut les restreindre dans les limites de la loi, les exceptions ne peuvent jamais être étendues (n° 373).

Autre est la question de savoir quels sont les principes qui régissent les courtes prescriptions. L'article 2264 porte : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Faut-il conclure de là que les règles générales établies au titre de la *Prescription* ne sont pas applicables aux prescriptions mentionnées dans les autres titres? Ce serait très-mal interpréter la loi. Il est de l'essence des principes généraux de recevoir leur application à tous les cas qui peuvent se présenter; et il serait absurde de ne pas appliquer les règles de l'interruption, par exemple, à une courte prescription, parce que la disposition qui la consacre se trouve dans un autre titre que celui de la *Prescription.* L'article 2264 ne dit pas ce qu'on lui a fait dire : placé dans la section qui traite du temps requis pour prescrire, il ne concerne que le temps, et il revient à dire que la règle de l'article 2262, qui parle de *toutes* les actions, reçoit des exceptions. Il est vrai qu'ainsi interprété, l'article 2264 est inutile; mais qu'importe? Ce n'est pas une raison pour lui faire dire une chose absurde (n° 374).

686. La prescription est un danger pour les créanciers; ils doivent veiller à la conservation de leurs droits en agissant contre le débiteur. En général, la négligence que le débiteur met à remplir ses obligations est un avertissement pour le créancier. Mais il n'en est pas ainsi en matière de rentes. Le débirentier paye régulièrement les arrérages, et, après trente ans, il nie avoir payé; le crédirentier pourra difficilement prouver qu'il a reçu les arrérages, puisque les quittances se trouvent entre les mains du débi-

teur; la loi vient au secours du crédirentier, en lui permettant d'exiger un titre nouvel du débiteur après vingt-trois ans de la date du dernier titre; le titre nouvel est une reconnaissance de la rente et interrompt la prescription. Le créancier a deux ans pour se le procurer soit volontairement, soit par action judiciaire. Les frais sont à la charge du débiteur, puisque c'est lui qui les occasionne. Il y a une disposition analogue dans notre loi hypothécaire (art. 108) (1). C'est un droit exceptionnel que le créancier ne peut réclamer qu'en vertu d'un texte formel (n°s 378 et 379).

§ II. *De la prescription de dix à vingt ans.*

Sommaire.

687. « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans » (art. 2265). La durée de la possession est réduite à dix ans, parce que le possesseur a un juste titre et la bonne foi ; il a fait tout ce que la loi exigeait de lui pour devenir propriétaire; la loi a dû consolider sa possession après un temps plus court que celui qu'elle exige du possesseur qui n'a ni bonne foi ni titre (n° 386).

D'après les termes de l'article 2265, cette prescription ne s'applique qu'aux immeubles. L'effet de la possession quant aux meubles est réglé par l'article 2279, que nous expliquerons plus loin. Il résulte encore du texte de la loi que la prescription de dix ans n'est applicable qu'au cas où le possesseur a acquis un immeuble déterminé. Quand il s'agit d'une universalité, telle qu'une succession, l'action intentée par l'héritier contre le possesseur n'est pas une action en revendication, c'est une action en pétition d'hérédité, laquelle se prescrit par trente ans (2) (n°s 387 et 388.)

(1) Voyez, ci-dessus, n° 378.
(2) Voyez le t. II de ce cours, p. 88, n° 107.

N° 1. CONDITIONS DE LA PRESCRIPTION.

I. *Juste titre.*

Sommaire.

688. Qu'entend-on par juste titre?
689. Le titre nul en la forme et le titre nul au fond peuvent-ils servir de base à la prescription?
690. *Quid* du titre putatif?

688. On entend par juste titre celui qui, de sa nature, est translatif de propriété; il est *juste*, en ce sens qu'il aurait transféré la propriété à l'acquéreur si son auteur avait été propriétaire; il ne la transfère pas parce que l'auteur ne peut pas transmettre à son ayant cause un droit qu'il n'a pas lui-même. La vente, l'échange, la donation, le legs sont de justes titres. L'hérédité n'est pas un juste titre, quoique la loi place la succession parmi les modes d'acquérir la propriété; la raison en est que la possession de l'héritier se confond avec celle de son auteur; si le défunt avait une possession utile pour prescrire, l'héritier la continuera, mais il ne peut pas commencer une possession nouvelle, parce qu'il n'a pas de titre nouveau; de sorte que si le défunt n'avait pas une possession utile pour la prescription, l'héritier ne pourrait pas prescrire (n°s 389 et 390).

689. Quelles sont les conditions requises pour que le titre soit utile à la prescription? Le code ne contient qu'une seule disposition sur cette difficile matière : aux termes de l'article 2267, « le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans. » Qu'entend-on par *titre nul par défaut de forme?* Il faut distinguer le *titre* de l'*acte* ou de l'*écrit* qui le constate; la loi n'exige pas un *acte* valable en la forme, elle veut que le *titre* soit valable en la forme. Le titre est le fait juridique qui transfère la propriété : c'est la vente, l'échange, la donation, le legs. Y a-t-il des formes prescrites pour la validité du titre? Il faut distinguer les titres solennels des titres non solennels. Dans les premiers, la forme est de la substance du fait juridique; la donation n'existe pas quand elle est nulle en la

forme (1) (art. 1339). Dans notre opinion, il en est de même du legs lorsque le testament est nul en la forme (2). Le titre solennel, nul en la forme, ne peut servir de base à la prescription. Cela est d'évidence, car ce titre n'existe pas, c'est le néant, et le néant ne produit aucun effet. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur les actes inexistants (3) (n° 391).

Il n'en est pas de même des titres non solennels ; l'acte qui en est dressé ne sert qu'à la preuve ; s'il est nul, tout ce qui en résulte, c'est que la preuve littérale fait défaut. La nullité est étrangère au titre, lequel est valable si les conditions prescrites par la loi sont remplies. L'écrit qui constate une vente est nul ; cela n'empêche pas la vente d'être valable s'il y a consentement sur la chose et le prix ; par conséquent, la vente constitue un juste titre, quoique l'acte soit nul. Toutefois la loi hypothécaire a dérogé en ce point au code civil. Cette loi exige la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers, pour qu'ils existent à l'égard des tiers, et l'on n'admet à la transcription que les actes authentiques. Il faut donc que la vente soit dressée par acte authentique et que cet acte soit transcrit, pour que l'acheteur puisse l'opposer aux tiers. Tant que la transcription n'est pas faite, la vente est considérée comme n'existant pas à l'égard des tiers ; dès lors, elle ne peut être invoquée pour la prescription (n°s 392, 395).

Le code ne parle que des titres nuls en la forme ; il ne dit rien des nullités de fond. Il faut appliquer aux titres nuls au fond ce que nous venons de dire des titres inexistants ; car un titre nul ne produit aucun effet, donc il ne peut servir de base à la prescription. Mais il y a une différence considérable entre le titre nul et le titre inexistant : celui-ci est nul de plein droit (art. 1117), sans intervention du juge, tandis que le titre nul produit tous ses effets, jusqu'à ce qu'il ait été annulé par sentence judiciaire. De là suit que le possesseur peut se prévaloir d'un titre nul comme base de la prescription, sauf au propriétaire à opposer la nullité du titre. Ici se présente une nouvelle difficulté : le pro-

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 216, n° 257 ; et t. III, p. 95, n° 162.
(2) Voyez le t. II de ce cours, p. 240, n° 301.
(3) Voyez le t. II de ce cours, p. 345, n°s 470-477.

priétaire peut-il invoquer toute espèce de nullité? Il faut distinguer les nullités absolues et les nullités relatives. La nullité absolue est celle qui est établie dans un intérêt public, par exemple la nullité des substitutions fidéicommissaires : toute personne intéressée peut s'en prévaloir, donc, aussi le propriétaire. Les nullités relatives ne peuvent être opposées que par ceux dans l'intérêt desquels elles ont été introduites. Telle est la nullité d'une vente des biens appartenant à un mineur; le mineur seul peut invoquer la nullité établie en sa faveur, partant le possesseur pourrait opposer son titre, quoique nul, au propriétaire (n° 396).

690. Pour que le titre soit juste, il faut, en second lieu, qu'il soit de sa nature translatif de propriété; c'est-à-dire que le possesseur possède en vertu d'un titre qui lui aurait transmis la propriété si son auteur avait été propriétaire. La loi ne se contente pas d'une possession qui aurait les caractères d'une possession à titre de propriétaire, elle veut que la possession soit appuyée sur un titre. Il suit de là que le titre putatif ne peut pas être invoqué par le possesseur. On entend par là un titre qui n'existe point, mais que le possesseur croit exister, pourvu que son erreur ait une juste cause. Voici l'exemple cité par Pothier : Je donne mandat de m'acheter un fonds de terre; le mandataire me livre le fonds en disant l'avoir acheté, bien qu'il n'y eût pas de vente; le mandat que j'avais donné est pour moi un juste sujet de croire que la chose a été achetée. On voit que le titre putatif est une fiction : dans l'espèce, il n'y a pas eu de vente, donc pas de titre, partant il ne pourrait y avoir lieu à prescription que si la loi consacrait cette fiction, car il ne peut y avoir de fiction sans loi. Cela est décisif. Le code ignore le titre fictif, donc il n'y en a pas (nos 398, 399).

II. *Bonne foi.*

Sommaire.

691. Qu'est-ce que la bonne foi? L'erreur de droit peut-elle être alléguée par le possesseur?
692. Comment se prouve la bonne foi?
693. La bonne foi doit-elle être continue?

691. Dans l'ancien droit, le titre et la bonne foi formaient une seule et même condition, le titre n'était considéré que comme un

élément de la bonne foi. Le code civil exige les deux conditions, bonne foi et titre.

On définit d'ordinaire la bonne foi, la *juste* opinion qu'a le possesseur d'avoir acquis la propriété de la chose qu'il possède. Pour que l'opinion soit juste, le possesseur doit avoir la ferme conviction que celui qui lui a transmis la chose en était le véritable propriétaire, et qu'il avait le droit de l'aliéner. Cette définition résulte de l'essence même de la bonne foi que la loi exige comme condition de la prescription. La bonne foi doit accompagner le titre, et elle est fondée sur ce titre, car personne ne peut se croire propriétaire d'un héritage sans un titre qui lui en a transmis la propriété; or, pour que le titre soit translatif de propriété, il faut que celui de qui il émane soit propriétaire, et ait la capacité d'aliéner. Il ne suffit donc pas que le possesseur ignore le droit d'autrui pour être de bonne foi; la bonne foi, appuyée sur un titre, exige une croyance positive du droit de l'auteur, sinon il n'y a pas de titre, et sans titre la bonne foi est impossible (n°s 406, 407).

Le possesseur peut-il invoquer l'erreur de droit pour établir sa bonne foi? A notre avis, l'affirmative est certaine. Le code met toujours l'erreur de droit sur la même ligne que l'erreur de fait. Il y a des exceptions, mais elles confirment la règle, car elles prouvent qu'il faut une disposition expresse pour qu'on ne puisse pas se prévaloir de l'erreur de droit. Le silence du code décide donc la question en ce qui concerne l'erreur de droit en matière de prescription (n° 413).

692. Comment se prouve la bonne foi? L'article 2268 porte que la bonne foi est toujours présumée; d'où suit que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. La présomption de bonne foi est fondée sur la probabilité, comme toute présomption : la bonne foi est certes la règle, comme le dol et le crime sont l'exception (n° 414).

La présomption admet la preuve contraire : c'est le droit commun. Comment se fait la preuve de la mauvaise foi ? Elle se fait par témoins, et, par conséquent, par présomption, en vertu de l'exception établie par l'article 1348, qui admet la preuve testimoniale indéfiniment, dans tous les cas où il a été impossible au demandeur de se procurer une preuve littérale; celui qui veut tromper se garde bien de constater par écrit la preuve de son dol (n° 414).

693. La bonne foi doit-elle être continue comme la possession? Non, il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition; la mauvaise foi qui survient dans le cours de la possession n'empêche pas le possesseur de prescrire (art. 2269). C'est le principe romain; dans les pays de coutume, on suivait le droit canon, lequel, plus sévère et plus moral, exigeait la bonne foi pendant tout le cours de la prescription. Pourquoi le code civil s'est-il écarté de la tradition coutumière? L'Exposé des motifs en donne une mauvaise raison : « Quant à la mauvaise foi qui survient pendant la prescription, c'est un fait personnel à celui qui prescrit; sa conscience le condamne, mais dans le for extérieur, la nécessité des transactions l'emporte. » C'est avouer que la disposition est immorale; et le législateur peut-il donner son appui à ce qui est contraire à la moralité? En matière d'obligations, il déclare la cause illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, et il refuse tout effet au contrat fondé sur la cause illicite. Pourquoi la possession produirait-elle un effet quand le possesseur a été de mauvaise foi? C'est récompenser et protéger le possesseur qui sait que son titre est vicié (n° 416).

III. *Possession de dix à vingt ans.*

Sommaire.

694. Quelle est la durée de la possession? Comment compte-t-on la *présence* et l'*absence* légales?

694. On appelle la prescription acquisitive de l'article 2265, prescription décennale. En réalité, le délai varie de dix à vingt ans : il est de dix ans si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue duquel l'immeuble est situé, et de vingt ans si l'immeuble est situé hors dudit ressort. Quelle est la raison de cette différence? La négligence du propriétaire qui reste dans l'inaction alors qu'on prescrit contre lui, joue un rôle dans la prescription; or, sa négligence est plus grande quand, étant sur les lieux ou dans le voisinage de l'immeuble, il doit savoir ce qui s'y passe; si, au contraire, il est éloigné de l'héritage, il est plus excusable d'ignorer que l'on prescrit contre lui (n° 418).

L'application du principe donne lieu à une légère difficulté,

que l'article 2266 résout en d'assez mauvais termes. On suppose que le propriétaire a résidé dans le ressort pendant six ans, et hors du ressort pendant quatre ans. Pour compléter le nombre de dix ans de *présence légale*, la loi exige un nombre double d'années d'*absence légale*, ce qui est très-logique; une année de *présence* valant deux années d'*absence;* donc, dans l'espèce, la prescription ne sera accomplie qu'après quatorze ans (n° 420).

Reste à savoir si la *présence* et l'*absence* légales se déterminent par le domicile ou par la résidence. L'article 2265 se sert des mots *habiter* et *domicilié*, de sorte que le texte laisse la question douteuse. Mais la tradition, l'esprit de la loi et les travaux préparatoires lèvent tout doute. Pothier exige formellement la résidence; ce qui est très-juridique. Si une année de présence vaut deux années d'absence, c'est que le propriétaire, qui est sur les lieux, apprend plus facilement ce qui se passe sur son héritage; cela suppose qu'il habite dans le ressort de la cour où l'immeuble est situé, c'est-à-dire qu'il y ait sa résidence; tandis que son domicile de droit peut être très-éloigné. C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement explique la loi (n° 421).

§ III. *Effet de la prescription.*

Sommaire.

695. La prescription de dix à vingt ans et celle de trente ans font acquérir la propriété au possesseur.

696. Le possesseur acquiert la pleine propriété libre de toutes charges réelles, sauf les hypothèques et le cas de l'article 966.

695. L'article 2265 porte que celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la *propriété* par dix à vingt ans. En est-il de même de la prescription trentenaire? En droit français, on n'a jamais admis la règle du droit romain, d'après lequel le possesseur de mauvaise foi, qui prescrivait par trente ans, n'avait qu'une exception contre l'action en revendication. Le code a consacré la tradition française; toute prescription acquisitive transfère la propriété (art. 2219, 712). La loi ne distingue nulle part entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi; et dans la théorie du code, il n'y avait pas lieu de distinguer. C'est dans un intérêt social que la loi consolide la

possession; il est vrai qu'elle ne doit jamais favoriser la mauvaise foi; voilà pourquoi elle prolonge la durée de la prescription jusqu'à trente ans, et si elle finit par reconnaître la propriété au possesseur de mauvaise foi, c'est à cause de la longue inaction du possesseur, et parce que les droits ne peuvent pas rester éternellement incertains (n° 423).

696. Le possesseur acquiert donc la propriété. On entend par là la propriété pleine et entière. Si l'héritage est grevé de charges réelles, et que l'acquéreur le possède comme libre de toutes charges, il prescrira la propriété entière, non démembrée. Une possession suffisante pour prescrire la propriété doit, à plus forte raison, suffire pour prescrire le démembrement de la propriété. Telles sont les servitudes : nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siége de la matière (1) (n° 424).

Cette règle reçoit exception quand il s'agit d'hypothèques. Nous avons dit ailleurs que notre loi hypothécaire (art. 108) a dérogé au code civil en n'admettant que la prescription trentenaire de l'hypothèque, dans le cas où l'immeuble hypothéqué se trouve dans les mains d'un tiers détenteur (2). L'article 966 consacre une seconde exception. Nous renvoyons au titre des *Donations et Testaments* (3) (n° 426).

SECTION III. — De quelques prescriptions particulières.

Sommaire.

697. Prescription des articles 2270, 1792, 1304 et 475. Renvoi.

697. L'article 2270 établit une prescription de dix ans qui se rattache à l'article 1792; nous l'avons expliquée au titre du *Louage* (4). Il y a d'autres prescriptions de dix ans (art. 1344 (5) et 475) (6); il en a été traité dans les titres qui sont le siége de la matière. Ici nous n'avons à nous occuper que des courtes prescriptions établies par notre titre.

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 599, n° 685.
(2) Voyez, ci-dessus, p. 375, n° 578.
(3) Voyez le t. II de ce cours, p. 259, n° 299.
(4) Voyez le t. III de ce cours, p. 533, n° 898.
(5) Voyez le t. III de ce cours, p. 100, nos 171-175.
(6) Voyez le t. Ier de ce cours, p. 407, n° 417.

§ I. *Des courtes prescriptions d'un an et de six mois.*

Sommaire.

698. Les courtes prescriptions d'un an et de six mois sont fondées sur une présomption de payement. Cette présomption, dit l'Exposé des motifs, résulte du besoin que les créanciers ont d'être payés promptement, et de l'habitude des débiteurs d'acquitter ces dettes sans un long retard et sans exiger de quittance. Il pourrait donc arriver que des créanciers de mauvaise foi ou leurs héritiers vinssent réclamer ce qui a déjà été payé. La loi met les débiteurs à l'abri de ce danger par la courte prescription qu'il établit; et elle donne aussi une garantie au créancier contre les débiteurs de mauvaise foi en lui permettant de déférer le serment, comme nous le dirons plus loin. La différence d'un an et de six mois tient compte des usages et de la position sociale des créanciers et des débiteurs (n° 498).

699. « Se prescrivent par six mois » (art. 2271) :

1° « L'action des maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois. » Troplong dit que le maître, plus dévoué à l'étude que favorisé de la fortune, est presque toujours pressé de recevoir ses honoraires, et ces dettes se payent toujours sans quittance (n° 504).

2° « L'action des hôteliers et traiteurs, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent. » Pour qu'il y ait lieu à cette courte prescription, il faut d'abord que le créancier soit hôtelier ou traiteur; si toute autre personne fournit le logement et la nourriture, la prescription de six mois n'est plus applicable. Il faut, en second lieu, qu'il s'agisse d'une fourniture d'aliments et de logement; d'où suit que la créance des cabaretiers, cafetiers, et marchands en détail ne se prescrit pas par six mois (n°s 505, 506).

3° « L'action des ouvriers et gens de travail, pour le payement de leurs journées, fournitures et salaires. » On entend par gens de travail ceux qui louent leurs services à la journée. Quant

aux ouvriers, ce sont les artisans qui travaillent pour le compte du maître; d'ordinaire ils font de petites fournitures. Il s'agit donc d'un travail matériel, en ce sens que c'est une chose que l'ouvrier fait ou répare. De là suit que cette prescription ne s'applique pas aux commis. Elle n'est pas applicable non plus quand l'ouvrier est marchand ou entrepreneur; il y a lieu, dans ce cas, à la prescription annale de l'article 2272 (nos 507, 509-511).

700. « Se prescrivent par un an » (art. 2272) :

1° « L'action des médecins, chirurgiens et apothicaires, pour leurs visites, opérations et médicaments. » Il ne suffit point que le créancier ait soigné un malade pour que cette prescription lui soit applicable, il faut qu'il ait la qualité de médecin, chirurgien ou apothicaire; donc elle ne s'applique pas aux gardes-malades, ni aux sages-femmes; on doit les assimiler aux gens de travail (n° 499).

2° « L'action des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands. » Il s'agit des marchands qui achètent des marchandises en gros, pour les revendre en détail aux consommateurs. De là suit que cette prescription n'est pas applicable aux propriétaires qui vendent des denrées provenant de leurs terres, blé, vin ou bois. Elle ne l'est pas, d'après le texte, quand la vente se fait à des marchands qui eux-mêmes achètent pour revendre; les conditions sociales et les époques de payement sont différentes. Il faut qu'il y ait vente pour consommer (n° 501).

3° « L'action des maîtres de pension, pour le prix de la pension de leurs *élèves*, et des autres maîtres pour le prix de l'*apprentissage*. » Le mot *élèves* dont se sert la loi prouve qu'il s'agit d'un pensionnat, où les élèves reçoivent la nourriture, l'entretien et l'instruction. Si le créancier ne fournissait pas l'instruction, il serait hôtelier, et sa créance se prescrirait par six mois. Quant aux ouvriers apprentis, la loi ne prévoit que la créance de l'apprentissage; si le maître fournissait en outre le logement et la nourriture, il serait maître de pension (n° 502).

4° « L'action des domestiques qui se louent à l'année, pour le payement de leur salaire. » Si les domestiques ne se louent pas à l'année, ils sont compris parmi les gens de travail dont parle l'article 2271. Ils se louent à l'an, quand ils s'engagent à servir

pendant une année, alors même qu'ils seraient payés au mois. On entend par domestiques ceux qui sont attachés à la personne du maître ou à une ferme. Il s'agit donc de services matériels; quant aux services intellectuels, ils ne constituent pas la domesticité; les intendants, les gouvernantes, les précepteurs, secrétaires, bibliothécaires ne sont pas des domestiques (n° 503).

§ II. *Prescriptions concernant les huissiers et les avoués et juges.*

Sommaire.

701. De la prescription des créances des huissiers et avoués.
702. Quand les magistrats, avoués et huissiers sont-ils déchargés de la responsabilité des pièces du procès qui leur sont confiées?

701. « L'action des huissiers, pour le salaire des actes qu'ils signifient et des commissions qu'ils exécutent », se prescrit aussi par un an (art. 2272); tandis que l'action des avoués pour leurs frais et salaires se prescrit par deux ou cinq ans (art. 2273). La raison de cette différence est qu'il est d'usage de payer les huissiers plus promptement; et leur ministère n'a pas une aussi longue durée que le ministère des avoués (n° 494).

Pour les avoués, la durée de la prescription diffère selon que le procès est ou non terminé. Quand l'affaire est terminée, l'avoué n'a que deux ans pour réclamer ses frais et salaires, temps plus que suffisant, puisque le client lui fait des remises au moment où le procès s'engage; la loi a donc pu présumer qu'après deux ans il y a payement. Si le procès n'est pas terminé, les avoués ne peuvent former de demandes pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans. Le compte n'étant pas réglé, tant que le procès dure, la loi a dû accorder un délai plus long (n° 487).

702. « Les juges et avoués sont déchargés des pièces cinq ans après le jugement des procès » (art. 2276). Cela veut dire que l'action en responsabilité qui appartient aux parties contre les juges et avoués se prescrit par cinq ans. Cela n'empêche pas les parties de revendiquer leurs pièces contre les détenteurs, tant qu'elles existent, car ceux qui les possèdent sont détenteurs précaires et, à ce titre, ils ne peuvent pas prescrire. Si les pièces s'égarent ou sont détruites, ceux à qui elles ont été remises en sont responsables; c'est cette responsabilité qui se prescrit par

cinq ans. La loi y met une condition, c'est que le procès soit jugé. Dans ce cas, les magistrats et les avoués n'ont plus besoin des pièces; il est donc probable qu'ils les rendent aux parties; celles-ci ne manqueront pas de les réclamer, si les pièces conservent une utilité, et si elles deviennent inutiles par suite de la décision du litige, il y a une raison de plus de limiter la responsabilité. Tant que le procès dure, il ne peut être question de la prescription de l'action en responsabilité, puisque l'action n'est pas ouverte. Reste à savoir quand le procès est terminé. La loi le dit : il est terminé par la décision définitive ou la conciliation (n° 481).

Les huissiers sont déchargés des pièces qui leur sont remises deux ans après l'exécution de la commission ou la signification des actes (art. 2276, § 2). Nous ne connaissons pas de bonne raison de la différence que la loi établit, en ce qui concerne la durée de la prescription, entre les huissiers et les avoués (n° 485).

§ III. *Règles générales concernant les courtes prescriptions.*

Sommaire.

703. Le créancier peut déférer le serment au débiteur sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. *Quid* en cas de mort du débiteur?

704. Quand les courtes prescriptions sont-elles remplacées par la prescription trentenaire?

703. La loi (art. 2275) permet à ceux auxquels les courtes prescriptions des articles 2271-2273 sont opposées, de déférer le serment aux défendeurs sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. Il n'en est pas de même de la prescription trentenaire; quand même il serait prouvé que la dette n'a pas été acquittée, le débiteur peut se prévaloir de la prescription, le créancier ne peut pas lui opposer l'exception de mauvaise foi (art. 2262). Quelle est la raison de cette différence? Les courtes prescriptions sont fondées sur une présomption de payement (1); celui qui les oppose au créancier soutient donc implicitement qu'il a payé la dette; dès lors le créancier doit avoir le droit d'exiger qu'il affirme sous la foi du serment qu'il a payé; tandis

(1) Voyez, ci-dessus, n° 698.

que la présomption de trente ans est fondée sur un intérêt social, et le droit de la société l'emporte sur celui du créancier (n° 513).

L'article 2275 ajoute : « Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. » C'est ce qu'on appelle le serment de *crédulité*. La disposition déroge au droit commun, d'après lequel le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère (art. 1359); elle est donc de stricte interprétation. D'abord, le serment doit être déféré dans les termes de la loi; dès qu'on les dépasse, on ne se trouve plus dans l'exception, partant on rentre dans le droit commun. En second lieu, le serment de crédulité ne peut être déféré qu'aux personnes que la loi indique; la loi présume que ces personnes ont quelque connaissance des affaires du défunt; cette présomption ne peut pas être étendue, car on n'étend pas les présomptions légales (n°s 515, 516).

704. D'après le droit commun, la prescription court dès que le droit existe (1). L'article 2274 applique ce principe aux courtes prescriptions en disposant qu'elles ont lieu, quoiqu'il y ait continuation de fournitures, livraisons, services et travaux. D'ordinaire, il y a une série de prestations, dont chacune donne un droit au créancier; de là la question de savoir si la prescription ne commencera à courir que lorsque toutes les prestations sont faites, ou si elle court après chaque prestation. L'article 2274 décide la difficulté dans ce dernier sens, par application du principe général : dès qu'il y a droit ou dette, la prescription court contre le créancier, quand même les prestations continuent. Il y a alors autant de prescriptions que de créances. On applique cette règle à la créance des médecins, bien que l'usage soit qu'ils ne présentent leur compte qu'à la fin de l'année; cela n'empêche pas que leur droit prenne naissance après chaque visite. Il en est de même de l'action des ouvriers qui continuent leurs fournitures, quoiqu'ils attendent aussi jusqu'à la fin de l'année pour présenter leur compte (n°s 521, 524).

L'article 2274 ajoute : « La prescription ne cesse de courir que lorsqu'il y a un compte arrêté, cédule ou obligation, ou citation

(1) Voyez, ci-dessus, n°s 618 et 619.

en justice non périmée. » Quand la loi dit que la prescription cesse de courir, cela signifie qu'il n'y a plus lieu aux courtes prescriptions, et que l'on rentre, par conséquent, dans le droit commun de la prescription trentenaire. Cela se comprend très-bien lorsque les parties arrêtent un compte. Les courtes prescriptions se fondent sur une présomption de payement; or quand les parties dressent un compte que le débiteur s'oblige à solder, cela prouve qu'il n'a pas payé; donc, la présomption de payement tombe. Le débiteur s'engage à payer; cette obligation rentre dans le droit commun de toute dette, et s'éteint d'après la règle générale de l'article 2262. Il en est de même lorsqu'il y a *cédule* ou *obligation* : ces termes, empruntés à l'ordonnance de 1673, sont synonymes de *reconnaissance* de la dette. En général, la reconnaissance de la dette interrompt seulement la prescription sans en changer la nature; dans l'espèce, elle intervertit la prescription, qui, de courte qu'elle était, devient longue. La raison en est que la courte prescription n'a plus de raison d'être quand le débiteur lui-même constate qu'il n'a point payé, et qu'il contracte l'obligation de payer. Si le créancier agit en justice, il obtient un titre nouveau, titre qui constate également que le débiteur a refusé de payer; partant il ne peut plus y avoir lieu à la courte prescription; et dès qu'on n'est plus dans l'exception, on rentre dans la règle (n°s 533-536).

§ IV. *De la prescription de cinq ans de l'article* 2277.

Sommaire.

705. Quel est le fondement de cette prescription? quel en est le caractère?
706. A quelles prestations s'applique l'article 2277? *Quid* des intérêts judiciaires et légaux?
707. Comment se calculent les cinq ans?

705. L'article 2277 porte : « Les arrérages de rentes perpétuelles et viagères, ceux des pensions alimentaires, les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux, les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts, se prescrivent par cinq ans. » Cette courte prescription a été introduite par les

ordonnances des rois de France, pour punir la négligence ou le dol des créanciers, lesquels, laissant s'accumuler les redevances et arrérages, ruinaient le débiteur. Tel est le motif principal; il y a un motif secondaire, c'est qu'il y a présomption de payement après cinq ans, les créanciers ne restant guère dans l'inaction pendant un si long espace de temps sans exiger le payement des revenus sur lesquels ils comptent; s'ils laissent s'écouler ce délai sans agir, il y a négligence coupable, et il peut y avoir dol. C'est cette dernière considération qui a déterminé le législateur. La prescription de cinq ans ne doit donc pas être confondue avec les courtes prescriptions des articles 2271-2293; elle est établie dans un intérêt d'humanité, donc, dans un intérêt général, ce qui rend applicables les principes qui régissent la prescription trentenaire. De là la conséquence que le créancier ne peut pas déférer le serment au débiteur; voilà pourquoi l'article 2275 est conçu dans des termes restrictifs; il ne reçoit d'application qu'aux dispositions qui précèdent, et non à celle de l'article 2277 qui suit (n° 431).

706. A quel cas s'applique la prescription de l'article 2277? La loi énumère d'abord les applications usuelles : 1° les arrérages des rentes perpétuelles et les intérêts des capitaux qui se payent par année ou à des termes périodiques plus courts, ainsi que les arrérages des pensions alimentaires; ces dettes s'augmentent chaque jour, sans que le débiteur se rende compte de cet accroissement qui finira par le ruiner; 2° les loyers et fermages présentent le même danger, puisque le bail se continue par la tacite réconduction. Cette dette s'accumule comme celle des intérêts et arrérages, et devient également ruineuse pour le débiteur. Celui-ci n'a pas pu payer les prestations à leur échéance; comment payera-t-il les prestations accumulées pendant un grand nombre d'années? (n°s 436, 438 et 442).

Après avoir donné des exemples, la loi établit une règle générale : « tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts ». La règle est mal formulée; elle doit être entendue dans le sens des applications que la loi elle-même en fait. De là suit qu'on ne doit pas l'appliquer à une dette fixe qui, d'après les conventions des parties, est payable en plusieurs termes. Si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 2277, il y aurait

lieu à la prescription de cinq ans, puisque la dette est payable par année ou à des termes périodiques plus courts. Mais ce serait appliquer la loi contre la volonté du législateur. Il a voulu empêcher la ruine du débiteur dont la dette augmente progressivement, sans qu'il s'en rende compte. Or, dans l'espèce, le débiteur sait, au moment même où il contracte, ce qu'il doit; cette dette ne varie plus, il sait quand il doit l'acquitter, dès lors il ne peut se plaindre ni de la négligence ni du dol du créancier (n° 435).

Par contre, la prescription de cinq ans est applicable aux intérêts moratoires et légaux, quoiqu'on ne puisse pas dire qu'ils sont payables par année ou à des termes périodiques plus courts. D'après l'esprit de la loi, il n'y a aucun doute; c'est une prestation qui court incessamment, qui augmente chaque jour, et qui, en s'accumulant, ruinera le débiteur, parce qu'il sera dans l'impossibilité de payer les intérêts accumulés. Mais il y a une difficulté de texte. La loi dit : tout ce qui est *payable par année;* or les intérêts judiciaires et légaux ne sont pas payables par année, ni à des termes périodiques plus courts. On répond que, dans l'espèce, le texte n'a pas l'autorité qui, en général, s'y attache, puisqu'il est mal rédigé; nous venons d'en donner la preuve. Il est certain que le mot *payable* ne répond pas à l'intention du législateur; ce n'est pas parce qu'une prestation est *payable* périodiquement qu'elle est dangereuse pour le débiteur, c'est parce qu'elle s'accroît jour par jour, sans que le débiteur s'en rende compte. L'article 2277 est emprunté à la tradition. Et que disent nos anciens auteurs? C'est que l'on a voulu punir le créancier négligent; or, le créancier qui reste vingt ans sans réclamer le payement d'intérêts moratoires, est-il moins négligent que le créancier qui ne réclame pas les intérêts conventionnels? Si l'on admet cette interprétation, il faut décider que la loi s'applique aux intérêts du prix de vente; quand ils sont stipulés, ils rentrent dans le texte de l'article 2277; quand ils courent en vertu de la loi, ils sont encore conventionnels, en ce sens que la loi fait courir les intérêts en se fondant sur l'intention des parties contractantes (n°s 448, 449).

707. L'article 2277 dit que les prestations périodiques se prescrivent par cinq ans; il ne dit pas quels sont ces cinq ans et quand ils commencent à courir. Il est généralement admis que,

dans le calcul des cinq ans, il faut prendre pour point de départ la demande judiciaire ou l'acte interruptif de la prescription. Si le créancier demande les intérêts le 1er janvier 1876, on compte en remontant jusqu'au 1er janvier 1871; le débiteur doit les intérêts depuis cette date; il peut opposer la prescription pour les intérêts échus antérieurement (n° 475).

§ IV. *De la suspension des prescriptions de la section III* (code civ., sect. IV).

Sommaire.

708. Les prescriptions de la section IV courent contre les mineurs.

708. L'article 2278 porte : « Les prescriptions dont il s'agit dans les articles de la présente section courent contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre leur tuteur. » Si un mineur exerce quelqu'un des états ou professions pour lesquels la loi établit une courte prescription, il est juste qu'il soit soumis au droit commun qui régit la durée de l'action. Quant à la prescription de l'article 2277, elle est fondée sur la négligence du créancier. Dans l'espèce, c'est le tuteur qui est négligent, c'est lui qui sera responsable; le débiteur, dans l'intérêt duquel la prescription de cinq ans est établie, ne peut pas souffrir de ce que son créancier est mineur. Il faut ajouter que l'intérêt du débiteur est aussi un intérêt public, lequel domine l'intérêt des incapables (n° 538).

SECTION IV. — De la maxime de l'article 2279.

§ I. *Sens et fondement de la maxime.*

Sommaire.

709. Quel est le sens de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre?
710. Quel est le fondement juridique de cette maxime?

709. L'article 2279 porte qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Cela veut dire que la revendication des choses mobilières n'est pas admise. Le deuxième alinéa de l'article 2279 prouve que tel est le sens de la maxime consacrée par le premier;

il permet, par exception, de revendiquer pendant trois ans les choses volées ou perdues; l'exception permettant la revendication, la règle doit être que les meubles ne peuvent pas être revendiqués, en ce sens que le possesseur peut repousser l'action en revendication du propriétaire en lui opposant sa possession, tandis que le possesseur d'un immeuble ne peut repousser la revendication que par la prescription. Quelle est la raison de cette différence? Les immeubles se transmettent par titres et par actes; on dresse acte de la vente, à raison de son importance, et depuis les lois nouvelles portées en France et en Belgique, on doit rendre ces actes publics pour être propriétaire à l'égard des tiers; puisqu'il y a un écrit, et régulièrement un acte authentique, celui qui achète un immeuble peut s'assurer des droits de son auteur. Il n'en est pas de même des choses mobilières; il n'est pas d'usage de dresser acte de leur transmission, et la rapidité des transactions ne le permet guère; l'acheteur n'a d'autre garantie des droits du vendeur que sa possession; donc cette possession doit équivaloir à un titre. La sûreté du commerce l'exige; si la revendication des effets mobiliers était admise, toute confiance serait détruite, et la confiance est l'âme du commerce. Il en résulterait des procès sans nombre, parce que les meubles passent rapidement de main en main. Le législateur prévient ces contestations ruineuses, en mettant les possesseurs à l'abri de la revendication (n° 540).

710. Quelle est la signification juridique de la maxime consacrée par l'article 2279? La question est très-controversée. A notre avis, le texte et la tradition la décident. La loi dit que la possession *vaut titre;* cela veut dire que la possession est considérée comme un titre, elle tient lieu des titres qui sont dressés quand il s'agit d'immeubles. La possession est donc pour les meubles ce que la vente, l'échange, la donation, le legs, sont pour les immeubles; c'est un titre de propriété pour le possesseur. Ainsi c'est plus qu'une présomption de propriété; la présomption admet toujours une preuve contraire, au moins le serment et l'aveu; tandis qu'il ne saurait être question d'une preuve contraire à la possession qui forme le titre du possesseur. Il va sans dire que celui-ci doit prouver sa possession, pour qu'il puisse invoquer la maxime, et le propriétaire est naturellement admis à combattre la preuve; mais une fois que la possession existe, elle

forme un titre irréfragable. C'est aussi en ce sens que s'expriment nos anciens auteurs (nos 540-543).

§ II. *Des conditions requises pour que la maxime soit applicable.*

Sommaire.

711. Quelles sont les conditions requises pour que la maxime de l'article 2279 soit applicable? Il faut 1° que le possesseur possède à titre de propriétaire. Cette condition résulte de l'essence même de la maxime. Le possesseur qui l'oppose prétend que sa possession équivaut à un titre translatif de propriété, donc il doit posséder comme le ferait un acheteur, c'est-à-dire comme propriétaire. Il suit de là que les détenteurs précaires ne peuvent pas se prévaloir de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Cela est évident tant qu'ils sont soumis à l'action personnelle qui naît du contrat en vertu duquel ils possèdent; en effet, l'article 2279 suppose que le propriétaire revendique; or, le déposant, le prêteur qui agissent en vertu du dépôt et du prêt ne revendiquent point, ils demandent l'exécution de l'obligation contractée par le dépositaire ou par l'emprunteur de restituer la chose; le détenteur précaire ne peut pas se soustraire à cette obligation en alléguant sa possessson, car il ne possède point. Alors même que l'action personnelle est prescrite, le détenteur précaire ne peut se prévaloir de la possession; sa précarité est indélébile, elle forme un obstacle éternel à ce que le détenteur précaire devienne propriétaire par le fait de la possession (n° 544).

Il en est de même dans tous les cas où le demandeur agit en vertu d'une action personnelle contre le détenteur de la chose mobilière. Tel serait le cas où la chose aurait été volée ou perdue, et qu'elle se trouvât encore dans les mains de celui qui l'a volée ou trouvée. Le propriétaire a contre le détenteur l'action person-

nelle, il ne revendique pas, dès lors l'article 2279 est inapplicable (n°s 551 et 552).

712. Il faut 2° que la possession soit réelle, c'est-à-dire que le possesseur ait la chose sous la main; c'est le fait de la possession qui constitue son titre, et ce fait implique une possession réelle. L'article 1141 contient une application du principe; nous y renvoyons (1). Il suit de là que la tradition dite symbolique ne constitue pas une possession dans le sens de l'article 2279 (n°s 555 et 558).

713. 3° Le possesseur doit être de bonne foi. Cette condition résulte encore de l'essence de la maxime. La loi veut favoriser les transactions mobilières qui sont l'âme du commerce; or la bonne foi est aussi un caractère essentiel des opérations commerciales; et le législateur n'a certes pas voulu donner son appui à la mauvaise foi. L'article 1141, qui consacre une conséquence de la maxime, le prouve; il exige la bonne foi pour que l'acheteur, mis en possession de la chose, devienne propriétaire. Nous ajouterons que la bonne foi est une condition générale requise par la loi pour les effets qu'elle attache à la possession; le possesseur ne gagne les fruits que s'il est de bonne foi; la bonne foi est une condition de l'usucapion de dix à vingt ans; il n'y a que la possession trentenaire dont le possesseur de mauvaise foi puisse se prévaloir, mais, par contre, il faut une longue possession (n° 559).

714. 4° Il faut qu'il s'agisse de meubles corporels. Le texte de la loi ne le dit pas, il établit le principe sous forme d'adage, et les adages, laconiques de leur nature, n'entrent pas dans le détail des conditions requises pour qu'ils soient applicables. La limitation résulte du fondement même de la maxime. Quel est le but de la loi? C'est de favoriser les transactions mobilières qui se font avec une grande rapidité, de la main à la main, sans qu'il y ait un écrit qui les constate. Tels sont les meubles corporels. Quant aux créances, elles ne se transmettent pas de la main à la main; la loi veut que le transport en soit signifié ou accepté par un acte authentique. Ces formalités nous placent en dehors de la situation pour laquelle la maxime de l'article 2279 a été établie. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. La possession d'un meuble

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 423, n° 591.

corporel peut équivaloir à un titre de propriété; il n'en est pas de même de la possession d'une créance; cette possession ne se manifeste pas par une détention matérielle, car la possession de l'écrit ne donne pas la possession de la créance; il n'y a pas pour les meubles incorporels de signe extérieur dont on puisse faire un titre de propriété; partant, ils ne tombent pas sous l'application de l'article 2279 (nos 562, 566).

Ainsi, les créances peuvent être revendiquées. Il y a exception quand elles sont constatées par des titres au porteur. L'exception comme la règle résultent des motifs qui ont fait admettre la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Pourquoi les meubles corporels ne peuvent-ils pas être revendiqués? Parce qu'ils se transmettent de la main à la main sans acte; il n'en est pas de même, en général, des créances; voilà pourquoi la loi permet de les revendiquer. Mais les effets au porteur se transmettent, comme les meubles corporels, par la remise du titre; le payement doit se faire entre les mains du porteur; donc, le porteur est réputé propriétaire, par cela seul qu'il est possesseur du titre; par suite, la maxime de l'article 2279 est applicable aux effets au porteur, comme aux meubles corporels : il y a identité de motifs et de situation (n° 568).

715. La maxime ainsi entendue ne s'applique pas seulement à la revendication, c'est-à-dire à l'exercice du droit de propriété; les meubles peuvent aussi être l'objet d'un démembrement de la propriété, tels sont les priviléges et l'usufruit : ceux à qui ces droits réels appartiennent peuvent-ils les exercer contre un tiers possesseur? Non. La loi le dit pour les priviléges, ils ne donnent pas au créancier le droit de suite, sauf le privilége du bailleur (1). Il faut en dire autant de l'usufruit mobilier; si la toute propriété d'un objet mobilier ne peut s'exercer contre un tiers possesseur, à plus forte raison en doit-il être ainsi d'un démembrement de la propriété; il y a plus qu'identité de motifs, il y a une raison *a fortiori* (2) (n° 574).

(1) Voyez, ci-dessus, nos 550, 569.
(2) Voyez le t. I de ce cours, p. 509, n° 555.

§ III. *Des exceptions.*

Sommaire.

716. Quelles sont les exceptions et quel en est le fondement?
717. Contre qui les meubles volés ou perdus peuvent-ils être revendiqués?
718. Droits du possesseur évincé. Obligations du propriétaire revendiquant.
719. Lois spéciales sur les choses volées ou perdues qui ont été déposées dans un mont-de-piété, et sur le vol ou la perte de titres au porteur.
720. Disposition transitoire de l'article 2281. Quel en est le motif?

716. Le deuxième alinéa de l'article 2279 consacre des exceptions à la règle établie par le premier : « Celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve. » Comme c'est par exception que les objets perdus ou volés peuvent être revendiqués, il faut appliquer la règle d'interprétation qui régit les exceptions: celle de l'article 2279 est de stricte interprétation, comme toute exception. (n° 577).

Quelle est la raison de l'exception? En cas de vol, il y a un délit; l'équité exige que le propriétaire soit indemnisé, or son action contre le voleur est d'ordinaire illusoire; il fallait donc lui accorder la revendication contre le tiers possesseur. L'intérêt du propriétaire est d'accord avec celui de la société; mettre les tiers acquéreurs à l'abri de la revendication, c'eût été favoriser les complices qui recèlent les objets volés. Quant aux choses perdues, il y avait un motif de douter, c'est que la perte est due à la négligence du propriétaire; mais c'est une faute que les hommes les plus soigneux commettent; l'équité est donc pour le propriétaire (n° 578).

717. Contre qui les meubles volés ou perdus peuvent-ils être revendiqués? Le vol donne lieu à deux actions, l'une personnelle contre le voleur, l'autre réelle contre le tiers possesseur. Il en est de même de la perte; nous renvoyons, sur ce dernier point, à ce qui a été dit sur l'article 717 (1). L'article 2279 suppose que l'action du propriétaire est formée contre le tiers acquéreur,

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 9, n° 7

puisque la loi accorde au possesseur un recours contre celui duquel il la tient. C'est une action réelle en revendication; elle ne dure que trois ans : c'était la durée de la revendication admise en droit romain, pour tout objet mobilier. L'action peut être formée contre tout possesseur, fût-il de bonne foi; c'est contre les possesseurs de bonne foi que la loi a dû donner une action au propriétaire, puisqu'ils peuvent se prévaloir de la maxime de l'article 2279, tandis que les possesseurs de mauvaise foi ne le peuvent pas, le propriétaire ayant le droit d'agir contre eux (n°s 578, 579).

718. Le tiers possesseur évincé a un recours contre celui duquel il tient la chose. Le voleur et celui qui trouve une chose perdue ne sont pas propriétaires, il ne peuvent pas transmettre la propriété; le tiers acquéreur évincé a donc contre eux l'action en garantie, pour cause d'éviction; et quand même il n'y aurait pas lieu à la garantie, l'équité exige que le tiers ait un recours contre ceux qui auraient dû restituer la chose au propriétaire, ou l'indemniser. Mais le tiers possesseur n'a pas d'action contre le propriétaire revendiquant, en remboursement du prix qu'il a payé; cela résulte de l'article 2280, aux termes duquel le propriétaire revendiquant n'est tenu de rembourser le prix que le possesseur évincé a payé que dans les cas où celui-ci l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles. La règle que le propriétaire n'est pas tenu à indemniser le tiers évincé est l'application du droit commun : celui qui revendique n'a aucune obligation à l'égard du possesseur qu'il évince. Si la loi fait exception, dans les cas prévus par l'article 2280, c'est qu'il y a un intérêt public en cause, celui du commerce. Jadis les transactions mobilières se faisaient dans les foires et marchés, ou avec des marchands ambulants; il fallait donner pleine sécurité aux acheteurs, sinon, tout commerce eût été impossible (n°s 586-588).

Les marchés et foires ont perdu de leur importance. Il faut placer sur la même ligne les Bourses : ce sont de véritables marchés pour les valeurs négociables. Les marchands ambulants sont encore devenus plus rares. Il faut considérer comme marchand vendant choses pareilles, les changeurs, pourvu qu'il soit constant qu'ils sont dans l'usage de vendre des valeurs négociables. C'est une question de fait (n° 590).

719. Il y a quelques lois spéciales en cette matière. D'abord celle du 30 avril 1848 (art. 21 et 22), qui permet de revendiquer, dans les six années, les objets volés ou perdus, déposés à un mont-de-piété, sous les conditions que la loi détermine. Une loi a été proposée récemment sur le vol ou la perte des titres au porteur. Ces lois sont en dehors de notre cadre (nos 593, 607).

DISPOSITION TRANSITOIRE DE L'ARTICLE 2281.

720. L'article 2281 porte : « Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. » On lit dans l'Exposé des motifs que cette disposition est une conséquence du principe de la non-rétroactivité. C'est une erreur. La prescription commencée ne forme pas un droit acquis (1), car elle peut être effacée d'un instant à l'autre par l'interruption; il n'y a que la prescription acquise qui forme un droit acquis. C'est ce que le code lui-même reconnaît dans l'article 691, et dans le deuxième alinéa de l'article 2281 : « Néanmoins les prescriptions alors commencées et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à compter de la publication du titre de la *Prescription*, seront accomplies par ce laps de trente ans. » Plus de soixante-quatorze ans se sont écoulés depuis l'époque indiquée par la loi (2); la disposition de l'article 2281 n'a donc qu'un intérêt historique; nous croyons inutile de nous y arrêter (n° 608).

(1) Voyez le t. Ier de ce cours, n° 33.
(2) Le titre de la *Prescription* a été promulgué le 25 mars 1804.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE XV. — Du cautionnement.

TITRE XVI. — Des transactions.


DATE DUE
CAT. NO. 1137

